

**DIE MISSBRAUCHSAUFSICHT ÜBER
UNVERBINDLICHE PREISEMPFEHLUNGEN NACH
DER ZWEITEN KARTELLGESETZNOVELLE**

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität in
Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Harald Mußler

aus Stuttgart

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Mißbrauchsaufsicht über
Unverbindliche Preisempfehlungen nach
der Zweiten Kartellgesetznovelle

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität in
Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Harald Mußler
aus Stuttgart

Dekan: Prof. Dr. R. Schmitt

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Burkhard Schmiedel

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Rittner

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juni 1978



Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	X
Einleitung	1
 <u>1. Abschnitt</u>	
Grundlagen des § 38 a GWB	4
I. Geschichtliche Entwicklung des Preisempfehlungsrechts	4
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Aussprechen von Preisempfehlungen	10
III. Die Regelung der Mißbrauchsaufsicht über zulässige Preisempfehlungen	14
 <u>2. Abschnitt</u>	
Die einzelnen Beispieltatbestände des § 38 a Abs. 3 Satz 2	16
I. Der Mißbrauchsfall der Unterschreitung (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3)	16
1. Die Nichtbefolgung des empfohlenen Preises	16
2. Das Tatbestandsmerkmal "Fall"	17
3. Das Tatbestandsmerkmal "Mehrzahl"	20
4. Das Tatbestandsmerkmal "erheblich übersteigen"	28
5. Das Verhältnis der Unverbindlichen Preisempfehlung nach § 38 a zur sog. Mittelstandsempfehlung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1, dargestellt am Unterschreitungsfall	34
II. Der Mißbrauchsfall der Verbrauchertäuschung (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2)	36
1. Verbrauchertäuschung und "Mondpreis"	36
2. Das Tatbestandsmerkmal "Mehrheit der Empfehlungsempfänger"	38
3. Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Verbrauchertäuschung	41
4. Das Verhältnis zur Mittelstands-Preisempfehlung	49
5. Das Verhältnis der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 zur Rechtsverfolgung nach dem UWG	50

III. Der Mißbrauchsfall des Belieferungsausschlusses (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 4)	52
1. Nichtbelieferung und Diskriminierungsverbot	52
2. Das Tatbestandsmerkmal "Vertriebsregelungen oder andere Maßnahmen"	55
3. Das Tatbestandsmerkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund"	58
4. Das Verhältnis der Nr. 4 zu den §§ 18 und 26 allgemein	60
IV. Der Mißbrauchsfall der Verteuerung (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1)	61
1. Der Anwendungsbereich des Verteuerungsfalls	61
2. Das Tatbestandsmerkmal der "Eignung" zu abträglichen Marktfolgen	68
3. Das Tatbestandsmerkmal der "Verteuerung"	69
4. Das Tatbestandsmerkmal "gesamtwirtschaftliche Verhältnisse"	74
5. Das Verhältnis der Nr. 1 (Verteuerung) zur Nr. 4 (Belieferungsausschluß)	75

3. Abschnitt

Der Tatbestand der Generalklausel (§ 38 a Abs. 3 Satz 1)

I. Das Verhältnis der Generalklausel zu den vier Beispielfällen ("insbesondere")	77
II. Das Tatbestandsmerkmal "Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art"	81
III. Das Tatbestandsmerkmal "Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot"	87
1. Mißbrauch der Freistellung	87
2. Mißbrauch als unternehmerisches Handeln	89
3. Mißbrauchstatbestände und Mißbrauchsbegriff im GWB	90

4. Abschnitt

Grundlinien der Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen

I. Ziele der Mißbrauchsaufsicht	92
1. Ziele der Mißbrauchsaufsicht im Rahmen der vier Beispieltatbestände	92
2. Ziele der Mißbrauchsaufsicht allgemein	97

II. Die Aufsichtsmaßnahmen der Kartellbehörde	101
1. Die Rechtsfolgendeite der Generalklausel des Abs. 3 Satz 1	101
a) Unzulässigerklärung und Verbot der Preisempfehlung	101
b) Das Tatbestandsmerkmal "neue, gleichartige Empfehlungen"	101
2. Die Abmahnung nach Abs. 5	102
3. Die Gewährung von Aufbrauchfristen	106
III. Die Praktikabilität des Wettbewerbsinstruments Preisempfehlung für den Markenartikelhersteller	109
1. Möglichkeiten zur Verhinderung typischer Mißbräuche	109
2. Systemschutz im Kartellrecht	114
3. Absoluter Systemschutz bei Verbraucherpreisempfehlungen	119
a) Abwehr von mehrheitlichen Abweichungen	119
b) Abwehr einer ausnahmslosen Befolgung	120
4. Flankierende Maßnahmen gegen typische Mißbräuche	121
a) Abwehr überwiegender Befolgung mit Verteuerungstendenz	121
b) Abwehr erheblicher Unterschreitungen	122
1) Einflußnahme auf die Abnehmerstruktur	122
2) Veränderungen auf der Angebotsseite	123
3) Konditionendifferenzierung	124
4) Würdigung dieser drei Arten von Abwehrmaßnahmen	126

5. Abschnitt

Schlußbetrachtungen	128
I. Zusammenfassende Würdigung	128
II. Thesen für ein künftiges Preisempfehlungsrecht	131
1. Zusätzliche Freistellungsvoraussetzungen bei Verbraucherpreisempfehlungen	131
2. Anmeldepflicht anstatt des Auskunftsanspruchs (Abs. 4)	132
3. Absolutes Empfehlungsverbot im Untersuchungsverfahren (§ 37 a)	133

Literaturverzeichnis

- Ballerstedt, Kurt Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs im GWB. In: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976 (S. 37 ff.).
- Baumbach, Adolf/
Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Band I (Wettbewerbsrecht) 9. Aufl. München 1967; 11. Aufl. München 1974 (zitiert: Baumbach/Hefermehl).
- Baur, Jürgen F. Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht. Tübingen 1972.
- Belke, Rolf Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973 - Teil 3: Die Empfehlungsverbote der §§ 38 I Nr. 11 und 12 und die Ausnahmeregelung für Unverbindliche Preisempfehlungen nach § 38 a. ZHR Band 138 (1974) S. 413 ff., Band 139 (1975) S. 129 ff.
- Benisch, Werner Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, DB 1965, 1038.
- ders. Fragen der Preisempfehlung, GRUR 1975, 47.
- Böge, Ulf Die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren, DB 1973, 1733.
- Dörinkel, Wolfram Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, WuW 1959, 81.
- Fikentscher, Wolfgang Die vertikale Preisempfehlung. München 1960.
- ders. Die Preisbindung für Markenartikel im Blickwinkel der Mißbrauchsaufsicht. In: Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Bad Homburg 1968 (S. 257 ff.).
- Gaedertz, Alfred-Carl Mißbrauchsbegriff und § 38 a GWB, GRUR 1974, 603.
- Giefers, Hans-Werner Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht. Köln 1960.

- ders. Die Unverbindliche Preisempfehlung in der Werbung des Einzelhandels, WRP 1976, 603.
- Gleiss, Alfred/
Bechtold, Reiner Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, 1142.
- Gleiss, Alfred/
Hirsch, Martin EWG-Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl. Heidelberg 1965.
- Gutzler, Helmut Preisempfehlungen in der Praxis - Eine Erwiderung, WRP 1973, 567.
- Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels (Hrsg.) Memorandum gegen Preisempfehlungen. Köln 1973.
- dies. 26. Arbeitsbericht der HDE. Köln 1973.
- dies. Strukturpolitisches Sofortprogramm. Köln 1974.
- Hefermehl, Wolfgang Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf selektive Vertriebssysteme, GRUR 1975, 275.
- Hintze, Gerhard Unzulässigkeit von Preisempfehlungen, MA 1975, 316.
- Hirsch, Martin Preisempfehlung in der Praxis - Eine weitere Erwiderung, WRP 1974, 8.
- Hoth, Jürgen/
Gloy, Wolfgang Zugabe und Rabatt. Kommentar zur Zugabeverordnung und zum Rabattgesetz. Berlin 1973 (zitiert: Hoth/Gloy).
- Huber, Ernst Rudolf Das Empfehlungsverbot. Stuttgart 1959.
- Kaufmann, Heinz/
Rautmann, Hans-Günther Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Loseblattausgabe, Köln 1958 ff. (zitiert: Frankf. Komm.).
- Kazmeyer, Rolf Rechtslage der Verbraucher- und Handelsempfehlungen. In: Auslegungsfragen zur 2. GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe Heft 66, Köln 1974 (S. 99 ff.).
- ders. Praxis der vertikalen Preisempfehlungen. In: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, FIW-Schriftenreihe Heft 71, Köln 1975 (S. 73 ff.).
- Kazmeyer, Rolf/
Hennig, Werner Zur Ordnungswidrigkeit von Preisempfehlungen, BB 1976, 941.
- Kleinmann, Werner Verwertungsverbote für das Bundeskartellamt, insbesondere im Anschluß an Fusionsverfahren, DB 1974, 1097.

- | | |
|---|---|
| Klemp, Wolfram | Übergang vom kartellrechtlichen
Verwaltungsverfahren zum Bußgeld-
verfahren, BB 1976, 912. |
| Langen, Eugen | Kommentar zum Kartellgesetz. 4. Aufl.
Neuwied 1967. |
| Langen, Eugen/
Niederleithinger, Ernst/
Schmidt, Ulrich | Kommentar zum Kartellgesetz. 5. Aufl.
Neuwied 1977 (zitiert: Langen/Nieder-
leithinger/Schmidt). |
| Lutz, Hans | Dürfen Wiederverkaufspreise durch
ein Einzelunternehmen empfohlen
werden? NJW 1958, 128. |
| Martino, Horst Dieter | Das neue Recht der Preisempfehlung,
MA 1973, 386. |
| Müller, Heinz/
Giessler, Peter | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen. 2. Aufl. Frank-
furt 1967 - 1969; 3. Aufl. Frankfurt
1974 (zitiert: Müller/Giessler). |
| Müller-Henneberg, Hans/
Schwartz, Gustav | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen und Europäisches Kartellrecht.
3. Aufl. Köln 1972 - 1978 (zitiert:
Bearbeiter im GemK). |
| Rauschenbach, Gerhard | Die Hauptprobleme der Kartellnovelle
für die Unternehmen und ihre Berater,
NJW 1973, 1857. |
| ders. | Die ersten zwei Jahre der Entschei-
dungspraxis zur Kartellnovelle, NJW
1975, 1993. |
| Raiser, Ludwig | Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ
1972, 732. |
| Schmidt, Karsten | Fortsetzung untersagter Preisempfeh-
lungspraktiken und Ordnungswidrig-
keitenrecht. Anmerkung zum Beschluß
des Bundesgerichtshofs vom 1. 6. 1977,
BB 1977, 1517. |
| Schricker, Gerhard | Bemerkungen zum Rechtsschutz selek-
tiver Vertriebsbindungen, GRUR 1976,
528. |
| Schütz, Jörg | Zur Frage der "faktischen" Preis-
empfehlung für Markenwaren, BB 1975,
859. |
| Schultes, Werner | Zwei Jahre nach dem Preisbindungs-
verbot - Erfahrungen mit Unverbind-
lichen Preisempfehlungen, Ernährungs-
wirtschaft 1976, A 30. |
| ders. | Zur Preisempfehlungssituation auf dem
Ernährungssektor, Verbraucherdienst
1976, 83. |

Sölter, Arno	Was kommt nach dem Preisbindungs- verbot? WRP 1973, 365.
ders.	Marketingkonzeptionen des Herstellers nach Aufhebung der Preisbindung, MA 1974, 44; 92; 142.
Tessin, Claus	Markenartikelvertrieb nach der 2. Kartellgesetznovelle, GRUR 1974, 683.
Tetzner, Heinrich	Fragen der unverbindlichen Preis- empfehlung, MDR 1975, 705.
Ulmer, Eugen/ Reimer, Eduard	Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG. Band III (Deutschland) 1968.
Völp, Fromut	Preisempfehlungen in der Praxis, WRP 1973, 567.
Weyhenmeyer, Hans	Verbraucherpreisempfehlung und Händlerpreisempfehlung, WRP 1977, 81.

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alter Fassung	lit.	Buchstabe
a. M.	anderer Meinung	Lfg.	Lieferung
aaO	am angegebenen Ort	MA	Der Markenartikel
Abs.	Absatz	MDR	Monatsschrift des
Anm.	Anmerkung		deutschen Rechts
Art.	Artikel	m. w. N.	mit weiteren Nach-
Aufl.	Auflage		weisungen
BAnz.	Bundesanzeiger	NJW	Neue Juristische
BB	Betriebsberater		Wochenschrift
BGB	Bürgerliches	Nr.	Nummer
	Gesetzbuch	OLG	Oberlandesgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt	OWiG	Gesetz über Ord-
BGH	Bundesgerichtshof		nungswidrigkeiten
BKartA	Bundeskartellamt	RabG	Rabattgesetz
BR-Drucks.	Bundesrats-	RegE	Regierungsentwurf
	Drucksache	RGBI.	Reichsgesetzblatt
BReg	Bundesregierung	RGZ	Entscheidungen des
BT-Drucks.	Bundestags-		Reichsgerichts in
	Drucksache		Zivilsachen (Amt-
bzw.	beziehungsweise		liche Sammlung)
ca.	circa	S.	Seite
d. h.	das heißt	s. o.	siehe oben
DB	Der Betrieb	sog.	sogenannt
ders.	derselbe	StPO	Strafprozeßordnung
Erg.	Ergänzung	Tz.	Trennziffer
EWGV	Vertrag der Euro-	u. a.	unter anderem
	päischen Wirt-	u. U.	unter Umständen
	schaftsgemeinschaft	usw.	undsowweiter
f., ff.	folgende	UWG	Gesetz gegen den un-
FN	Fußnote		lauteren Wettbewerb
ggf.	gegebenenfalls	Verf.	Verfasser
GRUR	Gewerblicher	vgl.	vergleiche
	Rechtsschutz und	WRP	Wettbewerb in Recht
	Urheberrecht		und Praxis
GWB	Gesetz gegen Wett-	WuW	Wirtschaft und Wett-
	bewerbsbeschrän-		bewerb
	kungen	WuW/E	Wirtschaft und Wett-
HGB	Handelsgesetzbuch		bewerb/Entscheidungs-
h. M.	herrschende Meinung		sammlung
Hrsg.	Herausgeber	z. B.	zum Beispiel
i. S. d.	im Sinne des/der	ZHR	Zeitschrift für das
i. V. m.	in Verbindung mit		gesamte Handelsrecht
KG	Kammergericht		und Wirtschaftsrecht

Einleitung

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ hat mit der Einführung des § 38 a²⁾ das Recht der vertikalen Preisempfehlung für Markenwaren erstmals im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Nach dieser Vorschrift wird der Ausspruch von Preisempfehlungen unter näher bestimmten Voraussetzungen vom Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 freigestellt; die solchermaßen zulässigen Preisempfehlungen unterliegen sodann der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde³⁾. Die Entstehung der Vorschrift steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verbot der Preisbindung für Markenwaren, das die 2. Novelle zum GWB durch die Änderung des § 16 und seine Beschränkung auf Verlagserzeugnisse enthielt.

Der Gesetzgeber wollte mit der Legalisierung der vertikalen Preisempfehlung für Markenwaren zumindest für eine Übergangszeit den möglichen nachteiligen Folgen eines Verbots der Preisbindung begegnen⁴⁾. Im Vordergrund stand dabei nicht die Absicht, den Herstellern von Markenwaren anstelle der Preisbindung ein Absatzinstrument an die Hand zu geben;

1) vom 3. August 1973 (BGBl. I S. 917); Neubekanntmachung des GWB am 4. April 1974 (BGBl. I S. 869).

2) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GWB.

3) Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 b ist zuständige Kartellbehörde ausschließlich das Bundeskartellamt.

4) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß) zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucksache 7/76 - Bericht der Abgeordneten Dr. Frerichs und Dr. Jens, BT-Drucks. 7/765 (nachfolgend zitiert: Ausschußbericht) S. 11.

der Gesetzgeber war in erster Linie von dem Bestreben geleitet, negativen Strukturveränderungen in den Absatzwegen vorzubeugen und eine fortdauernde Preistransparenz für den Verbraucher zu gewährleisten⁵⁾. Mit den anderen Schwerpunkten der zweiten Novellierung (Schaffung von Kooperationserleichterungen, Verschärfung und Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 18 und 22, Einführung einer vorbeugenden Zusammenschlußkontrolle) befindet sich die neue Vorschrift in einem umfassenden Zusammenhang von Maßnahmen, als deren Zielsetzung vom Gesetzgeber neben der Sicherung und Verbesserung der wettbewerblichen Ordnung die Erhaltung der Stabilität und die Verbesserung des Verbraucherschutzes genannt werden⁶⁾. Innerhalb dieses wirtschaftspolitischen Gesamtkonzepts soll die Neuregelung des § 38 a besonders den Zielen der wirtschaftlichen Stabilität und des Verbraucherschutzes dienen⁷⁾.

Die von dem ebenfalls neu gefaßten Empfehlungsverbot der Ordnungswidrigkeitstatbestände in § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 freigestellte Preisempfehlung ist in § 38 a Abs. 3 - 6 der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde unterstellt. Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit diesem die Mißbrauchsaufsicht regelnden Teil der Vorschrift. Der Gesetzgeber hat es unternommen, die Freistellungsvoraussetzungen (Abs. 1 und 2) abschließend und so zweifelsfrei wie möglich zu gestalten. Die Feststellung eines Mißbrauchs dagegen läßt sich, auch unter Heranziehung der vier Beispielfälle des Abs. 3 Satz 2, dem Gesetzestext selbst nicht ohne weiteres entnehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers stellt diese Regelung der Mißbrauchsaufsicht eine Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtslage dar⁸⁾. Gestalt kann eine solche Verschärfung freilich erst in der tatsächlichen Aufsichtstätigkeit der Kar-

5) Ausschußbericht S. 3.

6) Ausschußbericht S. 2.

7) Ausschußbericht S. 3.

8) Ausschußbericht S. 11.

tellbehörde finden. Der frühere Vorsitzende der zuständigen 5. Beschlußabteilung hatte zu erkennen gegeben, daß das Bundeskartellamt den Hinweis des Gesetzgebers als einen entsprechenden Auftrag verstanden hat⁹⁾. Die seit der 2. Novelle vorgelegten Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts können eine verstärkte Aufsichtstätigkeit belegen¹⁰⁾.

Der in Abs. 3 Satz 1 enthaltene, rechtlich nur mühsam faßbar erscheinende Begriff "Mißbrauch" wirft die Frage nach den Maßstäben auf, mit denen die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht arbeitet und die eine solche Aufsichtstätigkeit berechenbar machen können. Eine Antwort hierauf sucht vor allem das preisempfehlende Unternehmen selbst¹¹⁾. Die Arbeit versucht, mit Hilfe einer Gegenüberstellung der Beispielfälle des Abs. 3 Satz 2 die nach der Erwartung des Gesetzgebers häufigsten Formen eines Mißbrauchs der Preisempfehlung abzugrenzen und anhand dieser Typologie zugleich mißbrauchsfreie Verhaltensweisen aufzuzeigen. Auf dieser Grundlage soll dargetan werden, durch welche zulässigen Maßnahmen der Hersteller selbst vorbeugend die Mißbrauchsbeständigkeit seiner Preisempfehlungen gewährleisten kann.

9) Kazmeyer, Praxis der vertikalen Preisempfehlungen. In: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74. FIW-Schriftenreihe Heft 71 S. 73 ff. (81) - (nachfolgend zitiert: Kazmeyer Referat 1974).

10) BKartA Tätigkeitsbericht 1973 (BT-Drucks. 7/2250) S. 19 f.; 1974 (BT-Drucks. 7/3791) S. 19 ff.; 1975 (BT-Drucks. 7/5390) S. 23 ff.; 1976 (BT-Drucks. 8/704) S. 34 ff.; 1977 (BT-Drucks. 8/1925) S. 44 f.

11) Die Praktikabilität der neuen Vorschrift wird entscheidend daran gemessen werden, wie die Markenartikelindustrie diese langfristig in die Absatzplanung aufnimmt.

1. Abschnitt

Grundlagen des § 38 a GWB

I. Geschichtliche Entwicklung des Preisempfehlungsrechts

1. Dem deutschen Kartellrecht ist die vertikale Preisempfehlung nicht erst seit der 2. GWB-Novelle bekannt. Schon die Kartell-Notverordnung vom 26. Juli 1930 sprach von der Möglichkeit, Preisempfehlungen zu untersagen, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie Preisfestsetzungen hatten¹²⁾. Spätere Verordnungen¹³⁾ vertieften, bei einem unterschiedlich ausgestalteten Aufsichtsinstrumentarium, die Gleichbehandlung von Preisfestsetzungen (-bindungen) und Preisempfehlungen. Das alliierte Dekartellierungsrecht erwähnte den Begriff der Empfehlung nicht ausdrücklich; ein allgemein gefaßtes Abstimmungsverbot vermochte nach einhelliger Auffassung nur horizontale Empfehlungen, auch solche von Preisen, miteinzubeziehen¹⁴⁾. Soweit Preisempfehlungen befolgt wurden, konnten sie zwar eine Umgehung des Verbots von Preisfestsetzungen oder Preisabreden darstellen, waren aber aufgrund des sog. Willner-Briefes¹⁵⁾ im gleichen Umfang wie entsprechende Preisbindungen zulässig¹⁶⁾.

12) RGBL. I S. 311.

13) Vierte Verordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8. Dezember 1931 (RGBL. I S. 699); Verordnung über die Anmeldepflicht von Preisbindungen vom 11. Dezember 1934 (RGBL. I S. 1248); Verordnung über Preisbindungen und Preisempfehlungen von Markenwaren vom 27. Oktober 1937 (RGBL. I S. 1139); Verordnung über Preisbindungen vom 23. November 1940 (RGBL. I S. 1573).

14) Dazu näher: Huber, Das Empfehlungsverbot, S. 13; Lutz, Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? NJW 1958, 128.

15) vom 18. November 1952 (WuW/E All 35).

16) WuW/E BGH 251 ("4711") m. w. N.

Der ursprüngliche Regierungsentwurf zum GWB¹⁷⁾ wollte in seinem § 24 an diesen Rechtszustand anknüpfen. Das Empfehlungsverbot des § 24 RegE richtete sich nur gegen Preisempfehlungen, die von Vertretern eines Kartells oder einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung öffentlich gegenüber einem größeren Personenkreis oder gegenüber den beteiligten Unternehmen ausgesprochen wurden. Vertikale Preisempfehlungen von Einzelunternehmen waren durch die Vorschrift nicht erfaßt. Während der Beratungen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses der 3. Legislaturperiode wurde eine veränderte Fassung dahin beschlossen, daß Empfehlungen zu einem Verhalten, welches nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden durfte, verboten sein sollten. Diese weite Formulierung begegnete allgemeiner Kritik¹⁸⁾. Daraufhin wurde in der Plenarsitzung des Deutschen Bundestags der § 24 RegE insgesamt gestrichen und stattdessen im Ordnungswidrigkeitsrecht der § 38 Abs. 2 in der Fassung eingefügt, wie sie bis zur 2. GWB-Novelle gegolten hat. Aufgrund der vorangegangenen Beratungen war deutlich geworden, daß mit den Versuchen, den ursprünglichen Entwurf umzuformulieren, eine weitere Einschränkung des Empfehlungsverbots beabsichtigt gewesen war. Die Gesetz gewordene Fassung (§ 38 Abs. 2 a. F.) erwies sich indes letztlich als eine Verschärfung der seinerzeitigen Rechtslage¹⁹⁾. Mit dieser "Verlegung" in das Kartellbußrecht konnte der Gesetzgeber nämlich den materiellen Gehalt des Empfehlungsverbots nicht verändern; der Bundesgerichtshof hat dann auch in seiner "4711"-Entscheidung vom 8. Oktober 1958²⁰⁾ den materiell-rechtlichen Verbotscharakter des § 38 Abs. 2 a. F. bestätigt.

17) BT-Drucks. II/1158.

18) Vgl. die eingehenden Darstellungen im Frankf. Komm. § 38 Tz. 10 und bei Mayer-Wegelin im GemK 3. Aufl. 5. Lfg. § 38 Anm. 21.

19) Huber aaO S. 18; Frankf. Komm. § 38 Tz. 10.

20) WuW/E BGH 251 = BGHZ 28, 208.

2. Mit dieser Entscheidung erhielt der Bundesgerichtshof überhaupt erstmals die Gelegenheit, die Rechtslage der Preisempfehlungen nach Inkrafttreten des GWB zu klären. Der Entscheidung liegt die Auseinandersetzung zweier Kölnisch-Wasser-Hersteller zugrunde, deren einer - ein Preisbinder - von dem anderen die Unterlassung begehrte, bei dem Vertrieb nicht preisgebundener Ware auf Preislisten, auf der Verpackung und in der Werbung empfohlene Endverbraucherpreise anzugeben. Der Bundesgerichtshof gab der Klage im Ergebnis statt; er entnahm der Vorschrift des § 15, wonach u. a. solche vertikalen Verträge, die einen Abnehmer in der Freiheit seiner Preisgestaltung beschränken, nichtig sind, zugleich ein entsprechendes kartellrechtliches Verbot solcher Verträge und des durch sie herbeigeführten Erfolgs. Eine Umgehung dieses Verbots sei nach § 38 Abs. 2 a. F. ordnungswidrig.

Gleichzeitig sah sich der Bundesgerichtshof jedoch zur Prüfung der Frage veranlaßt, unter welchen Voraussetzungen überhaupt in kartellrechtlich zulässiger Weise Preisempfehlungen ausgesprochen werden dürfen. Er ließ sich bei der Bejahung dieser Frage von dem folgenden Gedankengang leiten: die Preisempfehlung mit ihrer nur tatsächlichen Bindungswirkung laufe dem Gesetzeszweck weniger zuwider als die rechtlich verbindliche Preisbindung. Diese vertragliche Bindung, welche durch Anmeldung nach § 16 Abs. 4 a. F. vom Verbot freigestellt werden konnte, sei aber nur von wirtschaftlich starken Herstellern im Markt durchzusetzen. Dann widerspräche es dem Gerechtigkeitsgedanken wie auch der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB, einem wirtschaftlich schwächeren Hersteller nicht unter denselben Voraussetzungen (Anmeldung beim Bundeskartellamt) die Zulassung des minder wettbewerbsbeschränkenden Mittels zu gewähren. Diese Zulassung erreichte der Bundesgerichtshof durch eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 4 a. F. auf vertikale Preisempfehlungen. Mit der Anmeldung beim Bundeskartellamt konnten aufgrund dieser Entscheidung Preisempfehlungen in der Folgezeit legal praktiziert werden.

Die vom Bundesgerichtshof entwickelte Analogie zum Preisbindungsrecht hatte über den Anmeldezwang hinausreichende Konsequenzen. Das Bundeskartellamt stellte einschränkende Voraussetzungen auf, unter denen Preisempfehlungen überhaupt zur Anmeldung zugelassen wurden; diese Voraussetzungen wurden in sog. Verwaltungsgrundsätzen niedergelegt²¹⁾ und

21) Bekanntmachung Nr. 45/60 des BKartA vom 20. April 1960, veröffentlicht in WuW 1960 S. 435.

in einem Schreiben des Präsidenten des Bundeskartellamts²²⁾ näher erläutert. Danach mußten zulässige Preisempfehlungen für Markenwaren i. S. d. § 16 Abs. 2 a. F. ausgesprochen sein, durften nicht mit einer Druckanwendung zu ihrer Befolgung verbunden sein und mußten einen ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit tragen. Dieser Unverbindlichkeitsvermerk und das Verbot der Druckanwendung wurden zum Gegenstand eines weiteren Verfahrens, in welchem sich der Bundesgerichtshof mit dem Empfehlungsbegriff unter dem GWB auseinandersetzte, nachdem er diese Frage in der "4711"-Entscheidung bewußt offengelassen hatte. Im "Osco-Parat"-Beschluß vom 6. Juni 1963²³⁾ bestätigte der Bundesgerichtshof in beiden Punkten die Auffassung des Bundeskartellamts und beendete damit die Kontroverse um die Merkmale des Empfehlungsbegriffs.

3. Als eine weitere Folge der entsprechenden Anwendung des Preisbindungsrechts hatte das Bundeskartellamt als selbstverständlich für sich in Anspruch genommen, seine Mißbrauchsaufsicht nach § 17 a. F. auf Preisempfehlungen analog auszuweiten. Auch diese Maßnahme fand in dem "Osco-Parat"-Beschluß des Bundesgerichtshofs uneingeschränkte Billigung, so daß fortan die kartellrechtliche Behandlung von Preisbindungen und Preisempfehlungen weitgehend übereinstimmte. Die beiden genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und die auf ihnen sowie auf den Verwaltungsgrundsätzen vom 20. April 1960 beruhende Kartellamtspraxis bildeten im wesentlichen den "seitherigen Rechtszustand", an den der Gesetzgeber von 1973 anknüpfen will²⁴⁾.

Deutlich sind auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der "4711"-Entscheidung. Die Statistik verzeichnet seit 1960, aufgrund der Anmeldeunterlagen des Bundeskartellamts, eine

22) vom 29. Juni 1960 (WuW/E BKartA 209).

23) WuW/E BGH 536.

24) Ausschlußbericht S. 11.

bis 1969 steigende Zahl preisempfehlender Unternehmen (von 120 auf 1909) und eine bis 1971 noch stärker ansteigende Zahl preisempfohlener Artikel (von 6.949 auf 330.612)²⁵⁾. Damit hatte die Preisempfehlung als Wettbewerbsinstrument bereits 1966 (auf Unternehmen bezogen) bzw. 1968 (auf Wareneinheiten bezogen) die Preisbindung zahlenmäßig überflügelt.

4. Während auf diese Weise durch die Rechtsprechung die Zulässigkeit der vertikalen Preisempfehlung erreicht wurde, geriet das Wettbewerbsinstrument, dessen gesetzliche Regelung den Anknüpfungspunkt für die entsprechende Anwendung bildete, nämlich die Preisbindung selbst, zunehmend in das Kreuzfeuer der Kritik. Im sog. Kartellbericht von 1962 der damaligen Regierung Erhard²⁶⁾ wurden Überlegungen angestellt, die Freistellung der Preisbindung aufzuheben, da man die beobachteten Mißstände nur so beseitigen zu können glaubte. Allerdings heißt es dann:

"Im Hinblick auf die lange Gewöhnung der Wirtschaft an die Möglichkeit vertikaler Preisbeeinflussung erscheint es bedenklich, die Preisbindung sofort ersatzlos zu beseitigen. Es sollten daher vertikale Preisempfehlungen, die bisher nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB Ordnungswidrigkeiten darstellen, für eine angemessene Übergangszeit zugelassen werden."²⁷⁾

Schon der Kartellbericht von 1962 beabsichtigte, die zulässigen Preisempfehlungen unter die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde zu stellen²⁸⁾. Zum erstenmal erschien dort auch der Vorschlag, die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde durch eine Generalklausel zu regeln. Nach der Vorstellung der Verfasser des Kartellberichts sollte diese auch die Fälle des Mißbrauchs von Marktmacht umfassen, die durch Empfehlungen erlangt war²⁹⁾; der damalige Vorschlag

25) Quelle: DB 1972, 1474 unter Hinweis auf die laufenden Veröffentlichungen des BKartA. Diese Tendenz hatte sich bis zum Inkrafttreten der 2. GWB-Novelle fortgesetzt, vgl. Bericht der BReg über die Erfahrungen mit den Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung (BT-Drucks. 8/703) S. 5 (nachfolgend zitiert: Erfahrungsbericht).

26) BT-Drucks. IV/617.

27) aaO S. 38.

28) aaO S. 40.

29) ebenda.

ging demnach weiter als die Regelung des § 38 a Abs. 3, dessen Tatbestand in Satz 1 sich auf einen Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot beschränkt.

5. Die 1. Novelle von 1965 hatte sich dann aber anderen Schwerpunkten zugewandt, und auch der Regierungsentwurf der 6. Legislaturperiode zur 2. Novelle³⁰⁾ hatte die Themen Preisbindung und Preisempfehlung ausgeklammert. Erst während der parlamentarischen Behandlung der durch die Koalitionsfraktionen SPD/FDP unverändert eingebrachten Vorlage in der 7. Legislaturperiode wurden das Verbot der Preisbindung und die Einführung des § 38 a durch einen besonderen Antrag der Koalitionsfraktionen SPD/FDP in die Beratungen des Wirtschaftsausschusses eingeführt. Der Kartellrechtler, der sich mit § 38 a beschäftigt, sieht sich daher mit der Tatsache konfrontiert, daß weder in der amtlichen Begründung des ursprünglichen RegE³¹⁾ noch in der Begründung zum Entwurf der Koalitionsfraktionen SPD/FDP³²⁾ Aussagen zu finden sind, die Anhaltspunkte für Zielvorstellungen oder ein Auslegungsverständnis des Gesetzgebers zu § 38 a liefern könnten. Bei der Erforschung des gesetzgeberischen Willens sieht man sich im wesentlichen auf den erwähnten Bericht des Wirtschaftsausschusses³³⁾ beschränkt³⁴⁾.

Im Rahmen der Behandlung der Novellierungsvorlage durch den Wirtschaftsausschuß hatte dieser am 4. Juni 1973 eine Anhörung von Sachverständigen aus Kreisen der Wirtschaft, Wissenschaft und Politik zu dem Themenkomplex Preisbindung und Preisempfehlung veranstaltet³⁵⁾. Während sich hier Industrie

30) BT-Drucks. VI/2520.

31) ebenda.

32) BT-Drucks. 7/76.

33) BT-Drucks. 7/765 (s. Anm. 4).

34) Kritisch zur Maßgeblichkeit derartiger Quellen für die Gesetzesauslegung Hefermehl, Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf selektive Vertriebssysteme, GRUR 1975, 275 ff. (285).

35) vgl. Ausschlußbericht S. 1.

und Teile des Handels auch für den Fall des Preisbindungsverbots für eine Legalisierung der Preisempfehlung aussprachen, forderten die Gewerkschaften, Verbraucherverbände und der Einzelhandel eine Fortgeltung des Empfehlungsverbots für Preisempfehlungen³⁶⁾. Sie fanden dabei, wenngleich aus unterschiedlichen Beweggründen, Unterstützung sowohl aus den Fraktionen der SPD als auch der CDU/CSU; die Neuregelung des § 38 a dürfte vor allem auf den Einfluß der FDP und des Bundeswirtschaftsministeriums zurückzuführen sein³⁷⁾. Hält man sich vor Augen, daß der Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen SPD/FDP schon zwei Tage nach dieser Sachverständigenanhörung, am 6. Juni 1973, im Wirtschaftsausschuß eingebracht worden ist³⁸⁾, scheint die Anhörung neben ihrer Funktion als Entscheidungshilfe für das Votum des Wirtschaftsausschusses diesem in erster Linie zur Bestätigung einer vorgefaßten Konzeption gedient zu haben. Zu dieser Annahme führt auch das Wiederauftauchen etlicher im Kartellbericht von 1962 enthaltener Gedanken in der Begründung des Ausschußberichts; § 38 a dürfte sich schon längere Zeit im Vorbereitungsstadium befunden haben³⁹⁾.

II. Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Aussprechen von Preisempfehlungen

1. Nachdem mit der Entscheidung für ein künftiges Verbot der Preisbindung die Grundlage für eine weitere entsprechende Anwendung der §§ 16 f. auf Preisempfehlungen entfallen war,

36) Näher hierzu Müller/Giessler § 38 a Anm. 2; Benisch im GemK 3. Aufl. 9. Lfg. § 38 a Anm. 1; ders., Fragen der Preisempfehlung, GRUR 1975, 47 (nachfolgend zitiert: Benisch GRUR 1975).

37) Benisch GRUR 1975, 47.

38) Anlage 1 zu Protokoll Nr. 12 des 9. Ausschusses (Ausschuß für Wirtschaft) vom 6. Juni 1973.

39) Diese Annahme wird von Benisch im GemK § 38 a Anm. 1 und ders. GRUR 1975, 47 nicht geteilt, wenn dort empfunden wird, § 38 a sei "in Eile" formuliert worden.

bedurften diese einer eigenen gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber hat sie in § 38 a als einem Freistellungstatbestand von dem durch § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 normierten Empfehlungsverbot getroffen. Damit wurde die eigenartige Systematik, das dem Ordnungswidrigkeitstatbestand entsprechende Verbot im materiellen Teil des GWB überhaupt nicht zu erwähnen, dahin ausgebaut, daß die Freistellung sich unmittelbar nur auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand bezieht und erst über die darin enthaltene materielle Regelung auch den Charakter einer Verbotsfreistellung genießt.

Die Freistellung der Unverbindlichen Preisempfehlung vom Empfehlungsverbot beschränkt - jedenfalls innerhalb des deutschen Kartellrechts 40) - den Streit darüber, ob Unverbindliche Preisempfehlungen unter den Tatbestand des § 25 Abs. 1 fallen, auf eine theoretische Ebene. Auch bei den Formen der Teilnahme auf seiten der Empfehlungsempfänger verdrängt die an sich nur den Empfehlenden betreffende Freistellung das Abstimmungsverbot 41). § 38 a gewinnt damit die Stellung einer Ausnahmenvorschrift gegenüber § 25 Abs. 1, aber nur auf die Vertikalkette zwischen Empfehlendem und Empfehlungsempfänger bezogen. Die Verständigung von Abnehmern untereinander über Art und Maß einer Befolgung von Preisempfehlungen bleibt selbständig nach § 25 Abs. 1 verfolgbar 42), kann andererseits die Zulässigkeit der Preisempfehlung nicht beeinflussen.

Der Empfehlungsbegriff ist gegenüber der früheren Rechtslage unverändert. Die Diskussion darüber, wann bei Nichtgebrauch der Worte "Unverbindliche Preisempfehlung" gleichwohl ein Empfehlungswille unterstellt werden darf, ist durch ein Urteil des Kammergerichts entschärft worden⁴³⁾.

40) Zum Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft vgl. den Meinungsstand bei Gleiss/Hirsch, EWG-Kartellrecht Art. 85 Abs. 1 EWGV Anm. 23; Mailänder im GemK 3. Aufl. 3. Lfg. Art. 85 EWGV Anm. 14.

41) Benisch GRUR 1975, 48.

42) sofern nicht die Freistellungsvoraussetzungen einer sog. Mittelstandsempfehlung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 gegeben sind.

43) KG WuW/E OLG 1817 ("Uhrmacherpreise"). Den Schluß von der Empfehlungswirkung auf den Empfehlungswillen halten für zulässig Müller/Giessler § 38 a Anm. 3;

2. Das Empfehlungsverbot selbst hat durch die 2. Novelle eine neue Gestalt gefunden: zu der gegenüber dem früheren § 38 Abs. 2 Satz 2 nur mit geringfügigen redaktionellen Änderungen versehenen Nr. 11 des Abs. 1 ist neu die Nr. 12 getreten. Diese Vorschrift, die allein die Empfehlung von Preisen betrifft, verzichtet auf den in Nr. 11 vorausgesetzten Erfolg der Umgehung durch gleichförmiges Verhalten. Offenbar kann aber auch die Nr. 12 die Streitfrage, ob die Höchst-, Mindest- oder Rahmenpreisempfehlungen (etwa in Form von sog. Preisspiegeln oder Preisbarometern⁴⁴⁾) dem Empfehlungsverbot unterliegen, nicht zuverlässig beantworten. Die Einschränkung auf "bestimmte" Preise und "bestimmte" Arten der Preisfestsetzung erscheint im Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 und nicht in der Freistellung des § 38 a Abs. 1 und 2. Hieraus wird mit Recht geschlossen, die Nr. 12 könne die Empfehlung nicht bestimmter Preise oder nicht bestimmter Arten der Preisfestsetzung gar nicht verbieten⁴⁵⁾. Dagegen

Gutzler, Preisempfehlungen in der Praxis - Eine Erwiderung, WRP 1973, 568; Kazmeyer, Rechtslage der Verbraucher- und Handelsempfehlungen. In: Auslegungsfragen zur zweiten GWB-Novelle. FIW-Schriftenreihe Heft 66 S. 99 ff. (104) - (nachfolgend zitiert: Kazmeyer Referat 1973); ders. Referat 1974 S. 75 ff.; Kazmeyer/Hennig, Zur Ordnungswidrigkeit von Preisempfehlungen, BB 1976, 941. Anderer Meinung sind Benisch im GemK § 38 a Anm. 4; ders. GRUR 1975, 49; Völp, Preisempfehlungen in der Praxis, WRP 1973, 566; Schütz, Zur Frage der "faktischen" Preisempfehlung für Markenwaren, BB 1975, 859 ff.; Weyhenmeyer, Verbraucherpreisempfehlung und Händlerpreisempfehlung, WRP 1977, 81 f.

44) Vgl. Kazmeyer Referat 1974 S. 77; BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht der BReg (s. Anm. 26) S. 21.

45) Benisch im GemK § 38 a Anm. 3; ders. GRUR 1975, 47; Gutzler aaO S. 568. Diese Bedenken wurden mittlerweile vom BKartA (Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 21) und der BReg (Erfahrungsbericht S. 19) geteilt und führten zu einer entsprechenden Änderung im RegE einer 4. Kartellnovelle (BR-Drucks. 231/78 S. 7), wonach sich das Empfehlungsverbot auch auf bestimmte Ober- oder Untergrenzen bei der Preisfestsetzung erstrecken soll.

kann in diesen Fällen das Verbot der Empfehlung über die Nr. 11 begründet werden⁴⁶⁾, allerdings erst nach Eintritt des Umgehungserfolgs.

3. Die praktische Bedeutung der Nr. 12 wurde vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem durch § 38 a eingeschränkten Zulässigkeitsrahmen für Preisempfehlungen gesehen, der nunmehr auch die subjektive Erwartung des Empfehlenden, daß der empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht, als eine Freistellungsvoraussetzung umfaßt⁴⁷⁾. Fehlt es von vorneherein an dieser Erwartung, kann die Kartellbehörde sofort ein Bußgeld nach § 38 Abs. 4 verhängen und/oder eine Untersagungsverfügung nach § 37 a Abs. 2 erlassen, ohne wie früher mit der Einleitung eines Mißbrauchsverfahrens abwarten zu müssen, bis der schädliche Markterfolg eingetreten war. Freilich setzen die Schwierigkeiten, die mangelnde Erwartung des betroffenen Herstellers⁴⁸⁾ zu beweisen, Grenzen für die Praktikabilität der Nr. 12.

Der Freistellungstatbestand des § 38 a Abs. 1 und 2 weist eine weitere Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage auf. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a. F. konnte gegen Preisempfehlungen, deren Freistellungsvoraussetzungen fehlten, im Wege der Mißbrauchsaufsicht eingeschritten werden. Bei Mängeln im Zulässigkeitsrahmen des § 38 a greift dagegen die Freistellung überhaupt nicht mehr Platz, vielmehr ist

46) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 8; Belke, Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973 - Teil 3, ZHR 138. Band (1974) S. 413 ff. (415) - (nachfolgend zitiert: Belke ZHR Band 138 (1974)); Gutzler aaO S. 568; Kazmeyer Referat 1973 S. 101; Tetzner, Fragen der unverbindlichen Preisempfehlung, MDR 1975, 707.
A. M. Benisch GRUR 1975, 47; Völpl aaO S. 566.

47) Ausschlußbericht S. 12.

48) Preisempfehlungen können in geeigneten Fällen auch von Handelsunternehmen und Alleinimporteuren ausgesprochen werden, vgl. Merkblatt über die Verwendung von Unverbindlichen Preisempfehlungen vom Januar 1975 (I. 5.), herausgegeben vom BKartA, abgedruckt im GemK als Anhang zu § 38 a. Der Einfachheit halber soll hier und nachfolgend vom "Hersteller" der Markenwaren gesprochen werden.

die Preisempfehlung ohne weiteres ordnungswidrig. Ein Mißbrauchsverfahren, wie bisher durch die entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a. F., ist dann nicht nur überflüssig, sondern auch unzulässig⁴⁹⁾.

III. Die Regelung der Mißbrauchsaufsicht über zulässige Preisempfehlungen

1. Die gesetzliche Regelung der Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen besitzt teils einen "materiellen"⁵⁰⁾ Gehalt (Abs. 3), teils sind die Vorschriften verfahrensrechtlicher Natur (Abs. 4 - 6) mit Einschluß der Verweisungen (Abs. 4 Sätze 2 und 4). Materielle Grundlage der Mißbrauchsaufsicht bilden die in Abs. 3 normierten Mißbrauchsfälle. Zu ihrer Darstellung hat der Gesetzgeber die Kombination einer Generalklausel (Satz 1) mit einem expressis verbis ("insbesondere") nicht abschließenden Beispielkatalog (Satz 2 Nr. 1 - 4⁵¹⁾) gewählt. Diese Technik ist dem GWB neu. Eine Gegenüberstellung mit § 17 a. F.⁵²⁾ deckt den grundsätzlichen Unterschied der Neuregelung auf. Dort hatte der Gesetzgeber zwar ebenfalls die generalklauselartige Formulierung "mißbräuchlich gehandhabt" in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 gebraucht, daneben aber den weiteren Aufsichtstatbestand der Nr. 3 geschaffen und hierzu mit der Novelle von 1965 die Vermutung einer Eignung zu abträglichen Markt-

49) Dies entspricht der h. M.: Benisch im GemK § 38 a Anm. 63; ders. GRUR 1975, 54; Müller/Giessler § 38 a Anm. 32 mit offensichtlichem redaktionellem Fehler; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 103; Kazmeyer Referat 1973 S. 108; Tetzner aaO S. 707.

A. M. Belke ZHR Band 138 (1974) S. 423 FN 33; Gaedertz, Mißbrauchsbegriff und § 38 a GWB. GRUR 1974, 603 ff. (604); Rauschenbach, Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater. NJW 1973, 1857 ff. (1863).

50) Kazmeyer Referat 1973 S. 108.

51) Bei der Zitierung der Beispielfälle hat sich ganz verbreitet die Weglassung des "Satz 2" durchgesetzt. Verf. will sich dieser Übung aus grundsätzlichen Erwägungen nicht anschließen, wenngleich zugegeben werden muß, daß Verwechslungen ausgeschlossen sein dürften und die Zitierung etwas umständlicher erscheinen mag.

folgen in Satz 2 angefügt. Hier wurde also ein unbestimmter Rechtsbegriff ("geeignet") durch eine - widerlegliche!⁵³⁾ - Legalvermutung justiziabler zu gestalten versucht. Eine exemplifizierende Ausformung hatte der Tatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a. F. nicht erfahren. Dagegen hat der Gesetzgeber durch die Aufstellung des Beispielkatalogs in § 38 a Abs. 3 tatbestandliche Präzisierungen des unbestimmten Rechtsbegriffs "Mißbrauch" vorgenommen, die ipso iure und ohne die Möglichkeit einer Entkräftung durch den Betroffenen die Eingriffsvoraussetzung für eine Mißbrauchsverfügung bilden.

2. Zwei tragende Gesichtspunkte dürften für die Wahl einer solchen Gestaltung ausschlaggebend gewesen sein: mit der Generalklausel sollte der zuerst im Kartellbericht von 1962 angesprochene Gedanke aufgegriffen werden, alle denkbaren Mißbräuche erfassen zu können, ohne diese im einzelnen normativ umschreiben zu müssen. Mit der Aufzählung von vier speziellen Mißbrauchsfällen sollten diejenigen Tatbestände, die schon nach den bisherigen Erfahrungen der Kartellbehörden in besonderer Häufigkeit auftraten oder deren Auftreten im Zusammenhang mit dem Preisbindungsverbot als wahrscheinlich angesehen wurde, als Gestaltungsformen eines allgemeinen Mißbrauchs festgeschrieben werden. Durch die Verknüpfung beider Momente scheint eine praxisbezogene Gewichtung in der Weise getroffen worden zu sein, daß die vier Beispieltatbestände zur Hauptwaffe der die Mißbrauchsaufsicht ausübenden Kartellbehörde bestimmt sind und die Generalklausel demgegenüber nur eine Art Auffangfunktion besitzt. Als Lösungsweg für die eingangs aufgezeigte Fragestellung dieser Arbeit empfiehlt es sich, vorab eine Abgrenzung der Beispielfälle voneinander vorzunehmen. Denn über eine Bestimmung des hier-

53) Vgl. Benisch, Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965. DB 1965, 1038.

nach jeweils verbleibenden mißbrauchsfreien Raums werden nicht nur der Anwendungsbereich der Generalklausel, sondern zugleich die Möglichkeiten einer nicht angreifbaren Empfehlungspraxis sichtbar, wie sie vom Markenartikelhersteller aktiv eingesetzt werden können.

2. Abschnitt

Die einzelnen Beispieltatbestände des § 38 a
Abs. 3 Satz 2

I. Der Mißbrauchsfall der Unterschreitung (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3)

1. Die Nichtbefolgung des empfohlenen Preises

Nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 stellt es einen Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot dar, wenn "der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise erheblich übersteigt". Die Formulierung wird oft mit anfänglichem Staunen zur Kenntnis genommen; ist doch die Unverbindlichkeit, welche diese Abweichungen ermöglicht, eben ein Merkmal der Preisempfehlung, und wurde doch diese Vorschrift zu einem Zeitpunkt geschaffen, da die Preisbindung gerade als schädlich eingestuft und verboten wurde. Bevor das Preisbindungsverbot in Kraft getreten war, konnte sich der Befolgungsgrad einer Preisempfehlung im Grenzfall derjenigen einer Preisbindung annähern, ohne allein deshalb dem Mißbrauchsvorwurf unterliegen zu müssen. Umgekehrt galten heterogene Preise bei empfohlener Ware als Zeichen ihrer Unverbindlichkeit, so daß die auf den Grundsatz der Lückenlosigkeit gestützten Mißbrauchsgründe des Preisbindungsrechts hier nicht zum Tragen kommen konnten⁵⁴⁾.

§ 38 a Abs. 3 schmälert diesen Spielraum von zwei Seiten. Auf die Beurteilung von Preisempfehlungen mit bindungsähnlicher Wirkung wird sich der Umstand auswirken, daß die Entstehung der Vorschrift vor dem Hintergrund des Verbots von Preisbindungen zu sehen ist. Auf der anderen Seite setzt das Gesetz in den Beispielfällen Nr. 2 und 3 zu einem gewissen Grade die Befolgung von Preisempfehlungen voraus. Mißbräuchlich kann also auch eine gerade infolge ihrer Unverbindlichkeit nicht befolgte Preisempfehlung werden. Die kumulativ zu prüfenden Tatbestandsmerkmale "Mehrzahl von Fällen" und "erheblich übersteigen" der Nr. 3 deuten einen so weiten Anwendungsbereich dieses Beispielfalls an, daß er für eine Heranziehung zur Mißbrauchsprüfung bei "normalen", also teils befolgten, teils unterschrittenen Preisempfehlungen prädestiniert erscheint.

Befaßt man sich nun im einzelnen mit den Tatbestandsmerkmalen der Nr. 3, so kann man feststellen, daß die seither geführte Diskussion den Begriff "Mehrzahl" eingehend kartellrechtlich beleuchtete, aber kaum einmal der - vorrangigen - Frage nachging, was denn ein "Fall" selbst sei.

2. Das Tatbestandsmerkmal "Fall"

Daß unter einem "Fall" von Unterschreitung verschiedene Sachverhalte gemeint sein konnten, mußte spätestens zu Bewußtsein gelangen, als das Bundeskartellamt im "Haushaltsmargarine"-Fall eine weite Auslegung dieses Begriffs erkennen ließ⁵⁴⁾. Danach sollte jeder Einzelverkauf eines Handelsunternehmens an den Kunden dann, wenn der Verkaufspreis erheblich unter der Preisempfehlung für den verkauften Markenartikel liegt, einen solchen Fall darstellen. Dieser Standpunkt ist im

54) Bundeskartellamt WuW/E BKartA 1103, 1104 ("Grobwaschmittel"); Schwartz im GemK 3. Aufl. 2. Lfg. § 17 Anm. 60.

55) WuW/E BKartA 1556, 1557 f. Angedeutet wurde dieses Verständnis bereits bei Benisch GRUR 1975, 52.

Schrifttum auf Ablehnung gestoßen. Benisch⁵⁶⁾ will als einen Fall der Unterschreitung sämtliche Verkäufe ein und des gleichen Markenartikels durch ein Handelsunternehmen verstanden wissen. Er nimmt damit Bezug auf die zuvor als selbstverständlich erschienene Auslegung, wie sie dieses Tatbestandsmerkmal erfahren hatte⁵⁷⁾.

Die Rechtsprechung ist, mit gewissen Einschränkungen, der Auffassung des Bundeskartellamts gefolgt. Das Kammergericht betrachtet in der Beschwerdeentscheidung im Fall "Haushaltsmargarine"⁵⁸⁾ sowohl den einzelnen Verkaufsfall als auch die Zahl der Verkaufsstellen des Handels als Bezugsgrößen, aus denen sich insgesamt die Repräsentanz der Unterschreitungen herauslesen lasse. Es läßt sich dabei von der Vorstellung leiten, die Mehrzahl von Fällen müsse in einem marktrelevanten Sinne einschränkend ausgelegt werden, weshalb die Bedeutung der Verkaufsstelle für die zu berücksichtigende Zahl von Einzelverkäufen miteinzubeziehen sei⁵⁹⁾. Dieses Verständnis verdient vom Ergebnis her Beifall, weil nur bei einer für die Wettbewerbsverhältnisse spürbaren Anzahl von Unterschreitungen die Freistellung der Preisempfehlung mißbraucht werden kann; es kann jedoch unter dogmatischen Gesichtspunkten einer Nachprüfung nicht standhalten.

Bei allen Einzelverkäufen eines Handelsunternehmens liegt dem abgeschlossenen Geschäft ein einheitlicher Preis zugrunde. Das folgt aus den Erfordernissen der Preisauszeichnungsverordnung⁶⁰⁾ (nach deren § 2 Abs. 1 der Händler die Ware mit seinem allgemein geforderten Preis auszeichnen muß)

56) Benisch GRUR 1975, 52.

57) Belke ZHR Band 138 (1974) S. 443; Völp WRP 1973, 564; Martino, Das neue Recht der Preisempfehlung, MA 1973, 386 ff. (388).

58) KG WuW/E OLG 1593, 1595.

59) Diesen Ausgangspunkt machen sich Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 94 zu eigen, obwohl sie dort "Fall" und "Händler" gleichsetzen.

60) Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 (BGBl. I S. 461).

sowie den Schranken, die das Rabattgesetz⁶¹⁾ bildet (nach dessen § 1 der Händler - von Ausnahmen wie dem Barzahlungsnachlaß nach § 2 RabG abgesehen - diesen allgemein geforderten Preis auch einhalten muß). Die Entscheidung des Handelsunternehmens, welchen Preis es zu seinem eigenen macht, ist also ein einmaliger Willensakt, der bis zu einer erneuten, generellen Preiskalkulation für die bestimmte Ware eine Bindungswirkung entfaltet⁶²⁾. Es kann deshalb die gegenüber dem Handelsunternehmen ausgesprochene Empfehlung, im Wiederverkauf einen bestimmten Preis zu verwenden, ebenfalls nur einmalig dann wirksam werden, wenn es den betreffenden Markenartikel kalkuliert. Nur in diesem Moment reagiert der Händler bewußt und gewollt auf den Ausspruch der Empfehlung, entscheidet er, ob und in welchem Maße er von der Preisempfehlung abweicht. Allein dieser Augenblick der Entscheidung des Handelsunternehmens kann daher einen "Fall" der Unterschreitung darstellen. Die einzelnen Kundenverkäufe beruhen nur auf dieser Entscheidung, ihnen fehlt der Charakter eines selbständigen Willensaktes als Reflex auf den Ausspruch der Empfehlung.

Dieses Verständnis geht durchaus mit der allgemein vertretenen Auffassung konform, die Tatbestandsmerkmale der Nr. 3 müßten, um überhaupt eine Praktizierung von Preisempfehlungen zu ermöglichen, flexibel ausgelegt werden⁶³⁾. Doch muß eine dementsprechende Einschränkung im konkreten Fall den Begriff der "Mehrzahl", nicht den des "Falles" zum Gegenstand nehmen. Insoweit bleibt zu hoffen, daß die dogmatische Ungenauigkeit der "Haushaltsmargarine"-Entscheidungen bei anderer Gelegenheit korrigiert werden wird.

61) Rabattgesetz vom 25. November 1933 (RGBl. I S. 1011).

62) Völp aaO S. 563.

63) Benisch im GemK § 38 a Anm. 51; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 94; Müller/Giessler § 38 a Anm. 41; Völp aaO S. 564; Gaedertz GRUR 1974, 606.

3. Das Tatbestandsmerkmal "Mehrzahl"

a) Ausgehend von dem Verständnis des Unterschreitungsfalls als der kalkulierten Abweichung des Händlers vom Empfehlungsausspruch hat die Mißbrauchsaufsicht im Rahmen der Nr. 3 eine Bestimmung der im Hinblick auf die Marktverhältnisse als Mehrzahl zu qualifizierende Quote der gesamten Händler-schaft vorzunehmen. Während im Schrifttum noch Übereinstimmung herrscht, daß dieser Begriff weder als Gegensatz zur Einzahl noch als die Mehrheit im Sinne des größeren Teils (wie im zweiten Beispielfall) zu verstehen ist⁶⁴⁾, hat die dazwischen verbleibende Bandbreite zu einer lebhaften Diskussion über eine zweckentsprechende Auslegung geführt⁶⁵⁾. Die überwiegend geäußerte Ansicht, mit der Mehrzahl sei eine erhebliche Zahl gemeint⁶⁶⁾, stützt sich zunächst auf zwei äußere Anhaltspunkte. Die offenkundige redaktionelle Anlehnung der Nr. 3 an § 17 Abs. 1 Satz 2 a. F. hätte bei der auf Preisempfehlungen zugeschnittenen Formulierung eine doppelte Verwendung des Begriffs "erheblich" mit sich gebracht; um einen solchen sprachlichen Mißgriff zu vermeiden, könnte aus der beabsichtigten erheblichen Zahl die Mehrzahl geworden sein. Zum anderen läge eine derartige Überlegung auch in Anbetracht der Äußerung des Wirtschaftsausschusses nahe, wonach ein überhöhter empfohlener Preis vorliege, wenn dieser vom allgemein geforderten Preis in einer größeren Zahl von Fällen erheblich abweiche⁶⁷⁾.

64) Es wird deshalb nicht klar, inwiefern die "Mehrzahl" in einer gewissen Relation zur Mehrheit der Empfehlungsempfänger stehen soll, wie dies von Hintze, Unzulässigkeit von Preisempfehlungen, MA 1975, 318 behauptet wird.

65) Martino MA 1973, 388: "eine große Zahl"; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 443 f.: "am Gesamtmarkt und nach Vertriebsformen gewichten"; Benisch GRUR 1975, 52: "nur bei einer breiten und intensiven Streuung".

66) Völp aaO S. 564; Gaedertz aaO S. 606. Dagegen Belke ZHR Band 138 (1974) S. 443, wonach sich der Gesetzgeber einer Festlegung auf eine erhebliche Zahl wie in § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a. F. enthalten habe; wie sich davon freilich eine "nicht unerhebliche Zahl" unterscheiden soll, wird nicht recht klar.

67) Ausschlußbericht S. 12.

Eine Bestimmung der nach Nr. 3 erforderlichen Mehrzahl hat sich - allgemein wie auch im speziellen Fall - das Reaktionsvermögen der Wiederverkäufer auf den Ausspruch einer Preisempfehlung zu vergegenwärtigen. Mit der Empfehlung eines bestimmten Wiederverkaufspreises gibt der Markenartikelhersteller dem Abnehmerkreis normalerweise seine Vorstellung vom wettbewerbskonformen, durchsetzbaren Preis bekannt. Dieser Vorgang hat einerseits einen Preisnivellierungseffekt auf der Handelsstufe zur Folge, da ein Teil der Empfehlungsempfänger - zu Recht oder zu Unrecht - in der Preisempfehlung eine zutreffende Prognose des Herstellers für den künftigen Marktpreis⁶⁸⁾ unter Einbeziehung einer auskömmlichen Handelsspanne erblickt und daraufhin breiter gestreute Preisabweichungen unterläßt. Andererseits ermöglicht die Unverbindlichkeit der Preisempfehlung gerade diese Abweichungen, die von Handelsunternehmen zu Wettbewerbszwecken oder aus anderen Gründen vorgenommen werden, so daß die daraus resultierende Heterogenität der Wiederverkaufspreise einer Nivellierung unmittelbar entgegenwirkt. Die zwischen diesen beiden Erscheinungen bestehende Interdependenz ist der Unverbindlichen Preisempfehlung naturgemäß eigen⁶⁹⁾.

Das gesetzgeberische Konzept des § 38 a setzt also die Bildung uneinheitlicher Wiederverkaufspreise voraus. Es geht damit zugleich von einer unterschiedlichen Struktur des Handels aus und erkennt deren Einfluß auf die Preisbildung. Daß es dem Gesetzgeber mit der Zulassung der Unverbindlichen Preisempfehlung auch um die Erhaltung dieser Struktur gegangen war, erhellt aus dem Bericht des Wirtschaftsausschusses, wenn es dort heißt:

68) Unter "Marktpreis" soll hier der Durchschnittswert aller Wiederverkaufspreise hinsichtlich eines konkreten Markenartikels zu verstehen sein.

69) Der von Gleiss/Bechtold, Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, 1143 erhobene Vorwurf der Paradoxie vermag daher allenfalls eine künftige Mißbrauchsaufsicht zu treffen, welche dieses Spannungsverhältnis verkennt, nicht aber den Gesetzgeber.

"Die Koalitionsparteien wollen mit der Zulassung von Unverbindlichen Preisempfehlungen bei Markenwaren sicherstellen, daß einerseits negative Strukturveränderungen in den Absatzwegen mit dem Verbot der Preisbindung der zweiten Hand nicht entstehen und zum anderen, daß die Preistransparenz für die Verbraucher nicht gefährdet wird."⁷⁰⁾

Eine Bestimmung der im dritten Beispielfall relevanten Mehrzahl der Wiederverkäufer hat deshalb die Überlegung miteinzubeziehen, inwieweit strukturelle Gegebenheiten im Handel hierauf von Einfluß sein können und müssen. An dieser Stelle bedarf es einer kurzen Darstellung der für den Markenartikelvertrieb kennzeichnenden Strukturelemente auf der Handelsstufe. Die hier bestehenden Unterschiede zwischen den einzelnen Arten von Handelsunternehmen (Fachhandel, Warenhäuser, Filialketten, Discountgeschäfte, Versandhandel usw.) sind neben Standort, Umsatz und Kostensituation beim Markenartikelvertrieb auch funktionelle. Neben der Primärfunktion der Distribution können einzelne Markenartikel sekundäre Handelsfunktionen schaffen, die nicht mehr unmittelbar der Weiterveräußerung von Waren zuzuordnen sind, wie z. B. fachliche Beratung, Regalpflege, Kundendienst usw. Solche Markenartikel besitzen also über ihre Eigenschaft als Ware hinaus eine bestimmte Dienstleistungskomponente, deren Erfüllung einerseits die Verbrauchervorstellung von der Ware, das Markenimage, und andererseits zwangsläufig auch den Preis beeinflusst. Für den Erwerber beispielsweise eines Parfums, eines elektrischen Geräts oder eines Spielzeugs können die Verkaufsberatung eines Handelsunternehmens oder die Gewähr, dort auch Ersatzteile zu erhalten und Reparaturen ausgeführt zu bekommen, kaufentscheidend sein; bei Nahrungsmitteln des täglichen Bedarfs, bei Waschpulvern, Glühbirnen und Wäscheartikeln werden solche Gesichtspunkte kaum den Ausschlag geben.

70) Ausschlußbericht S. 3.

Die Unverbindliche Preisempfehlung kann diesen dem jeweiligen Markenartikel anhaftenden Eigenschaften dadurch Rechnung tragen, daß sie den ermittelten oder geschätzten Kostenanteil des Dienstleistungsfaktors der Spannenberechnung des einzelnen Handelsunternehmens überläßt. Je stärker die Kostenintensität des Dienstleistungsfaktors eines bestimmten Markenartikels anwächst, desto größer ist naturgemäß die durch einen Dienstleistungsverzicht seitens des Handelsunternehmens ermöglichte Spannenreduzierung. Die sich daraus ergebenden Preisunterschiede machen sich einzelne Handelsunternehmen konsequent dadurch zunutze, daß sie nur "problemlose" Ware absetzen.

b) Es ist bezweifelt worden, daß derartige sog. Niedrigpreisgeschäfte überhaupt bei der Ermittlung der Mehrzahl miteinbezogen werden dürften⁷¹⁾. Dieser Ansicht liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Berücksichtigung der genannten Handelsunternehmen wegen ihrer umfangreichen, häufig wechselnden Sonderangebote die Feststellung des durchschnittlichen, am Markt genommenen Preises verzerren. Dafür könnte sprechen, daß das Herausstellen einer besonderen Preiswürdigkeit ebenso wie das Erbringen von Nebenleistungen ein Wettbewerbsmittel ist, dessen Einsatz eher von der Struktur des Händlers als vom Vorhandensein eines Empfehlungsausspruchs abhängig ist; in diesen Fällen wird erfahrungsgemäß trotz bestehenden Preiswettbewerbs eine Verhärtung des Preisgefälles etwa zwischen dem Facheinzelhandel und Discountgeschäften eintreten⁷²⁾.

71) Benisch GRUR 1975, 53; diese Ansicht wurde im GemK § 38 a Anm. 52 offensichtlich aufgegeben.

72) Der Gesetzgeber hat diesen Umstand nicht übersehen, vgl. Ausschlußbericht S. 4: "Hohe Qualität in Verbindung mit notwendigen Nebenleistungen (z. B. Kundendienst) werden immer ihren Preis finden."

Diese Zweispurigkeit ist aber auch im Bewußtsein des Verbrauchers vorhanden⁷³⁾. Die Standortfrage beim Händler und die Mobilität des Verbrauchers einmal unberücksichtigt, gewinnt die Möglichkeit, eine bestimmte Nebenleistung des Händlers in Anspruch zu nehmen, oft ein größeres Gewicht als die Preiswürdigkeit seines Wettbewerbers, der diese Leistung nicht erbringt. Der Verbraucher hat ein legitimes Interesse an beiden Absatzformen und der Freiheit, sich für eine von ihnen entsprechend seinen augenblicklichen Bedürfnissen zu entscheiden. Es wird damit deutlich, daß das Gesetz selbst von einer heterogenen Befolgung auf der Handelsstufe schon wegen dieser strukturellen Unterschiede ausgeht. Die Mißbrauchsaufsicht kann erst dann auf den Plan gerufen sein, wenn die Preisempfehlung die durch die Abnehmerstruktur bedingten Preisdiskrepanzen in einer als für den Wettbewerb schädlich empfundenen Weise verstärkt. Wollte man aber die erheblichen Unterschreitungen durch Niedrigpreisgeschäfte überhaupt nicht berücksichtigen, würde sich das Bild einseitig auf die Ermittlung des durchschnittlichen Marktpreises tendenziell preistreuer Händler verschieben. Eine derartige Einengung kann aber nicht Sinn der Mißbrauchsaufsicht im Rahmen der Nr. 3 sein.

Die bisher vorliegende Rechtsprechung bestätigt diese Auffassung. In dem "Haushaltsmargarine"-Fall erhielt das Kammergericht erstmals die Gelegenheit, sich zur Bestimmung der mißbrauchserheblichen Mehrzahl von Unterschreitungen zu äußern⁷⁴⁾. Die Beschwerde des betroffenen preisempfehlenden Markenartikelherstellers hatte sich gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts⁷⁵⁾ gewandt, wonach die

73) Darauf hebt Schricker, Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, GRUR 1976, 528 ff. (542) zutreffend ab.

74) KG WuW/E OLG 1593.

75) WuW/E BKartA 1556.

als erhebliche Unterschreitungen erkannten Verkaufspreise bei dem einen Artikel in etwa 30 % der Betriebsstätten, bei dem anderen Artikel in knapp 20 % der Betriebsstätten vom empfohlenen Preis abwichen und hierin der Mißbrauchsvorwurf gründete⁷⁶⁾. Das Kammergericht hat die für Lebensmittel des täglichen Bedarfs heranzuziehende Quote von 20 % als die maßgebliche "Mehrzahl" von Fällen festgelegt. Diese hat es auf eine der Abnehmerstruktur hinsichtlich des jeweiligen Markenartikels repräsentative Auswahl von Verkaufsstellen bezogen und damit klargestellt, daß zur Ermittlung dieser Repräsentanz sämtliche Formen von Handelsunternehmen, die zu den Abnehmern des jeweiligen Markenartikels gehören, miteinzubeziehen sind⁷⁷⁾. Insoweit weicht die Begründung des Kammergerichts nicht von derjenigen des Bundeskartellamts ab, die als preisunterschreitende Handelsbetriebe ebenfalls sämtliche Abnehmerformen versteht. Daher verdienen beide Entscheidungen Zustimmung, weil nur eine markterhebliche Zahl die Mehrzahl von Fällen darstellen soll. Die von daher notwendigerweise kasuistische, im Hinblick auf den Abnehmerkreis des speziellen Artikels erfolgende Bestimmung dieser Mehrzahl kommt in der Beschränkung auf den Sektor der Lebensmittel klar zum Ausdruck. Mißt man der Entscheidung des Kammergerichts, was die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Nr. 3 anbelangt, zu Recht richtungsweisende Funktion⁷⁸⁾ bei, so darf dies nicht zum Anlaß genommen werden, eine für die Bestimmung der erforderlichen Mehrzahl verbindliche Abnehmerquote als vorgegeben anzunehmen.

76) Das Bundeskartellamt versteht, wie bereits erwähnt, jeden einzelnen Verkauf an den Verbraucher als "Fall" i. S. des Gesetzes; zur Ermittlung der mißbrauchserheblichen Mehrzahl sei freilich die erhebliche Zahl preisunterschreitender Handelsbetriebe mit der Zahl der von diesen getätigten einzelnen Verkaufsfälle zu multiplizieren, vgl. aaO 1556.

77) Bemerkenswert ist hier die Identifizierung von Verkaufsstelle und "Fall"; die vorliegend vertretene Auffassung

c) Das Bedürfnis nach einer flexiblen Handhabung des Begriffs "Mehrzahl" tritt vor allem dann zutage, wenn eine relativ geringe Anzahl von umsatzstarken Händlern den empfohlenen Preis erheblich unterschreitet. Entscheidend kann hier nicht eine absolute Prozentzahl der Wiederverkäufer sein, sondern allein die Spürbarkeit der Abweichungen im Wettbewerbsgeschehen und ihr Einfluß auf die Sicht der Konsumenten, welche die Erheblichkeit von Unterschreitungen zur Gesamtheit der getätigten Umsätze eines Markenartikels in Beziehung setzen.

Im Zuge dieser Erkenntnis ist verschiedentlich behauptet worden, in die Ermittlung der Mehrzahl von Fällen dürften befristete Sonderangebote - gleich welcher Art von Handelsunternehmen - nicht miteinbezogen werden⁷⁹⁾. Der dahinterstehende Gedanke ließe sich ungefähr dahin fassen, daß die Sonderangebotsartikel nach Fristablauf in ihr früheres Preisgefüge zurückkehrten, welches eigentlich für die Beurteilung herangezogen werden müßte. Wie eine solche Betrachtungsweise das Bild der durchschnittlichen Wiederverkaufspreise verfälschen kann, zeigt sich aber gerade bei den sog. Brennpunktartikeln. Diese "Renner" im Sortiment sind prädestiniert, von den Händlern weit häufiger als das übrige Angebot, oft auch als die vergleichbare Konkurrenzware, zu werbewirksamen Sonderangeboten herangezogen zu werden. Solche Brennpunktartikel werden häufig bis auf eine minimale Spanne herabgesetzt, weil der Händler sich im Wege der Mischkalkulation einen Ausgleich verschaffen kann. Aber auch nach

weicht nur insoweit ab, als das Kammergericht jede Verkaufsstelle desselben Empfehlungsempfängers mitzählt. Größe und Umsatz der Verkaufsstelle spielen bei der Ermittlung des "Falls" noch keine Rolle.

78) Schultes, Zwei Jahre nach dem Preisbindungsverbot - Erfahrungen mit Unverbindlichen Preisempfehlungen. Ernährungswirtschaft 1976 Heft 2 S. A 30 ff. (33).

79) Benisch im GemK § 38 a Anm. 52; ders. GRUR 1975, 53; Tetzner MDR 1975, 707.

Abschluß der Werbeaktionen werden die Verkaufspreise nicht durchweg auf das Empfehlungsniveau zurückgenommen. Ein Teil dieser Artikel besitzt einen solchen Bekanntheitsgrad und eine derartige Zugkraft, daß Unterschreitungen zu Werbezwecken für den Handel unentbehrlich erscheinen.

Bei solchen Markenartikeln, die den Handel in erhöhtem Maße zu Preiskämpfen veranlassen und dabei nicht selten qualifizierende Eigenschaften, wie z. B. die Gütegewähr bei rapiden Umsatzsteigerungen, zu verlieren drohen⁸⁰⁾, müßte sich dem Hersteller an sich eine veränderte Marketingkonzeption aufdrängen, die die Bekanntgabe der eigenen Preisvorstellung in den Hintergrund rückt. Für eine solche Konzeption ist die Preisempfehlung denkbar ungeeignet. Wenn die Mißbrauchsaufsicht nach Abs. 3 ein wirksames Instrument zur Beseitigung von nicht marktgerechten Preisempfehlungen sein soll, kann sie ihre Aufgabe im dritten Beispielfall nicht erfüllen, indem die Sonderangebote bei der Marktpreisermittlung unbeachtet bleiben. Eine starre Beschränkung auf die Normalverkaufspreise würde das Bild ebenso verzerren wie die Nichtberücksichtigung von Niedrigpreisgeschäften.

Die grundsätzliche Einbeziehung von Sonderangebotspreisen muß nur eine Ausnahme erfahren. Schlußverkaufspreise sind von den Ermittlungen auszunehmen, weil die Schlußverkaufszeiten für alle Händler verbindlich und gleichzeitig sind⁸¹⁾. Markterhebungen der Kartellbehörde haben aber ebenfalls innerhalb eines festgelegten kurzen Zeitraums stattzufinden, da die Gleichzeitigkeit wesentliches Moment einer Vergleichbarkeit von Marktpreisen ist⁸²⁾. Während in der übrigen

80) Diese Gefahr beruft Sölter, Was kommt nach dem Preisbindungsverbot? WRP 1973 S. 365 f. (366).

81) § 1 der Verordnung über Sommer- und Winterschlußverkäufe vom 13. Juli 1950 (BANz. Nr. 135).

82) Der dem Beschluß des BKartA vom 24. September 1974 (WuW/E BKartA 1556, 1557) zugrundeliegende Erhebungszeitraum betrug ca. 3 Wochen.

Jahreszeit die Quote an berücksichtigten Sonderangebotspreisen nach Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen als repräsentativ angesehen werden darf, versagt diese Unterstellung in der Schlußverkaufszeit. Hinzu kommt, daß die hier üblichen Abweichungen gegenüber den empfohlenen Preisen ohne weiteres gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt sind. Diese aus der Wertung des Ordnungsgebers gezogene Konsequenz gilt auch für die erheblichen Abweichungen einer ansonsten mißbrauchserheblichen Mehrzahl von Wiederverkäufern.

4. Das Tatbestandsmerkmal "erheblich übersteigen"

a) Der empfohlene Preis soll schon auf der Zulässigkeitsstufe (Abs. 1 Nr. 2) den zutreffend prognostizierten Näherungswert für den tatsächlichen, überwiegend verlangten Verkaufspreis darstellen. Wenn eine Minderheit der Empfehlungsempfänger von dieser Empfehlung abweicht, entspricht dies an sich der Erwartung des Gesetzgebers⁸³⁾. Das Unwerturteil des dritten Beispielfalls wendet sich daher gegen eine Störung dieses Mechanismus nur insoweit, als Unterschreitungen nicht nur in geringfügigem Maße und vereinzelt, sondern in Grad und Häufigkeit für die Marktverhältnisse spürbar die Prognose des Preisempfehlers widerlegen⁸⁴⁾. Das normative Merkmal des "erheblich" bedeutet demnach die Schwelle, an der die Abweichungen von dem empfohlenen Preis nach unten von der systembedingten Tolerierung in einen Mißbrauch umschlagen. Daß hier kein einheitlicher Differenzwert zugrundegelegt werden kann⁸⁵⁾, folgt schon aus den

83) Benisch im GemK § 38 a Anm. 51; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 62.

84) Martino aaO S. 388; Schultes Ernährungswirtschaft 1976 S. A 33.

85) Dies ist einhellige Meinung, vgl. Benisch im GemK § 38 a Anm. 51; Müller/Giessler § 38 a Anm. 42; Völp aaO S. 565; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 444.

unterschiedlichen Handelsspannen der einzelnen Markenartikel. Es muß einleuchten, daß bei einer Spanne von z. B. 18 % eine Unterschreitung der Preisempfehlung um 15 % "erheblicher" ist als bei einer Spanne von 30 %. Die Schwankungsbreite, welche der Hersteller bei der Festlegung seiner Preisempfehlung berücksichtigen muß, wächst entsprechend der Handelsspanne. Wenn sich der Toleranzspielraum nicht in demselben Maße vergrößerte, wäre es dem Preisempfehlen unmöglich, den durchschnittlichen Wiederverkaufspreis auch nur annähernd vorauszusehen⁸⁶⁾.

Nun liegt es aber in der Hand des Herstellers selbst, die Handelsspanne durch Bestimmung des Abgabepreises und die Gewährung von Rabatten festzulegen. Er bestimmt also den Maßstab, womit die Erheblichkeit von Unterschreitungen gemessen wird. Hier wird deutlich, daß die Mißbrauchsprüfung bei der Nr. 3 eine Untersuchung der Handelsspannen darstellen muß. Gradmesser der Erheblichkeit in einem marktrelevanten Sinne ist nicht die absolute Höhe der zwischen dem empfohlenen Preis und dem Marktpreis ermittelten Differenz, sondern das Maß der freiwilligen Spannenverkürzung im Handel im Hinblick auf die einem solchen Verhalten anhaftende Vermutung eines überhöhten empfohlenen Preises⁸⁷⁾.

In jedem Falle ist aber Gegenstand eines Vorwurfs mißbräuchlichen Verhaltens der empfohlene Preis, nicht etwa der Abgabepreis⁸⁸⁾. Dieser ist, ebenso wie bei nicht empfohlener Ware, Ausfluß unternehmerischer Autonomie, wie sie die bestehende Wirtschaftsordnung postuliert. Wenn im Rahmen des § 22 der Abgabepreis anhand des sog. wettbewerbsanalogen Preises auf einem Vergleichsmarkt überprüft wird⁸⁹⁾, beruht dies auf einem Mangel an Vergleichsgrößen bei marktbeherrschenden Unternehmen. Bei der Mißbrauchsprüfung nach § 38 a Abs. 3 ist ein derart aufwendiges Verfahren weder nützlich noch notwendig. Schließlich sorgt schon die Freistellungsvoraussetzung des wirksamen Preiswettbewerbs (Abs. 1) dafür, daß die Abgabepreise im Wettbewerbsdruck entstehen.

86) Ebenso Belke aaO S. 444; Benisch GRUR 1975, 52.

87) Vgl. KG WuW/E OLG 1593, 1595.

88) So auch das BKartA WuW/E 1556, 1560.

89) Diese Methode wendet der BGH (WuW/E BGH 1445 "Valium") unter Übernahme des Vergleichsmarktkonzepts des KG an.

b) Die Frage der Spannenbemessung im Beispielfall Nr. 3 bietet einen geeigneten Anknüpfungspunkt für die üblicherweise vorgenommene Unterscheidung zwischen den sog. Verbraucherpreisempfehlungen und Handelspreisempfehlungen⁹⁰⁾. Die Regelung des § 38 a macht zwischen den beiden Empfehlungsarten keinen Unterschied. Von Verbraucherpreisempfehlungen wird allgemein gesprochen, wenn die Empfehlung dem Verbraucher, der ja nicht selbst ihr Adressat ist, auf der Ware oder ihrer Verpackung, auf vorgelegten Preislisten, in der Werbung des Herstellers oder in sonstiger Weise bekanntgemacht werden. Demgegenüber werden mit Handelspreisempfehlungen diejenigen Empfehlungen bezeichnet, welche dem Wiederverkäufer nur intern zur Information und Kalkulation dienen, dem Endverbraucher aber nicht zur Kenntnis gelangen. Bei der Abgrenzung zwischen beiden Empfehlungsarten kann es allerdings dann zu divergierenden Ansichten kommen, wenn Handelsunternehmen entgegen der ausdrücklichen Anweisung des Herstellers ihren Kunden Einsicht in die Preisunterlagen gewähren oder ihren eigenen Verkaufspreis werblich mit dem empfohlenen Preis vergleichen. Das Bundeskartellamt folgt in diesen Fällen den in seiner Presseinformation WuW/E BKartA 209 niedergelegten Grundsätzen. Danach soll es allein darauf ankommen, ob die Empfehlung dem Publikum tatsächlich bekannt wird, nicht auf die Absicht des Herstellers⁹¹⁾.

Unterschiede zwischen den beiden Empfehlungsarten der Verbraucherpreisempfehlung und der Handelspreisempfehlung treten zutage, wenn man das Verhalten der Wiederverkäufer als Reaktion auf den Ausspruch der Empfehlung beobachtet. Die

90) Die Terminologie ist nicht einheitlich; man findet auch die Begriffe Verbraucherempfehlung, Händlerempfehlung u. a. Sachliche Unterschiede bestehen dabei keine.

91) Ebenso Kazmeyer/Hennig BB 1976, 943 ff.; Schultes Ernährungswirtschaft 1976 S. A 31 f.; ders., Zur Preisempfehlungssituation auf dem Ernährungssektor, Verbraucher-dienst 1976 S. 83 f.
A. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 5; ders. GRUR 1975, 51; Weyhenmeyer WRP 1977, 82 f.

Schwankungsbreite der Abweichungen vom empfohlenen Preis, wie sie der Hersteller seiner Erwartung zugrundelegen muß, wird entscheidend von der Art der ausgesprochenen Empfehlung beeinflusst. Bei Verbraucherpreisempfehlungen überwiegen erfahrungsgemäß die publikumswirksamen Unterschreitungen gegenüber den nicht verkaufsfördernden Überschreitungen. Hinzu treten die spezifischen Eigenschaften des jeweiligen Markenartikels. Wenn etwa der Hersteller eines problemlosen sog. Mitgehartikels sowohl dem Fachhandel als auch den Niedrigpreisgeschäften einigermaßen übereinstimmende Spannen einräumen kann, wird ihm dies bei einem Artikel, der fachliche Beratung, Kundendienst usw. verlangt, kaum gelingen. Hier ist der Hersteller auf den Fachhandel mit seiner bestimmten Kostenstruktur angewiesen. Nur durch eine auskömmliche Spannen gewährleistende Rabattierung kann der Fachhandel davon abgehalten werden, seine Bedarfsdeckung bei konkurrierenden Anbietern vorzunehmen. Die Problematik wird deutlich bei dienstleistungsintensiven Markenartikeln, deren breite Distribution fast zwangsläufig zu stark divergierenden Wiederverkaufspreisen führen muß.

Eine für bestimmte Abnehmergruppen wie den Fachhandel unzureichende Spannenbemessung wird sich der Hersteller nur bei reinen Handelspreisempfehlungen leisten können, da hier im Einzelfall auch eine Überschreitung des empfohlenen Preises für den Verbraucher unbekannt bleibt und deshalb dem Wiederverkäufer in der Regel zugemutet werden kann. Bei Verbraucherpreisempfehlungen dagegen wirkt sich der empfohlene Preis als psychologische Preisobergrenze⁹²⁾ aus, deren Überschreitung für den Händler unter Umständen zu peinlichen Fragen seiner Kundschaft führt. Hier - bei Verbraucherpreisempfehlungen - trifft die Feststellung der Berichterstatter des Wirtschaftsausschusses zu: "Empfohlene Richtpreise sind praktisch Höchstpreise."⁹³⁾

92) So auch Schultes Ernährungswirtschaft 1976 S. A 33; dagegen scheint Benisch im GemK § 38 a Anm. 2 diese Wirkung auf beide Empfehlungsarten beziehen zu wollen.

93) Ausschlußbericht S. 11.

Der jeweilige Typus der Preisempfehlung ist daher von ausschlaggebender Bedeutung für das Spektrum, innerhalb dessen die Abweichungen vom empfohlenen Preis vorkommen. Eine entsprechend differenzierte Betrachtungsweise hat demzufolge auch bei der Mißbrauchsaufsicht stattzufinden. Dem wird es nicht gerecht, wenn es in der überarbeiteten Fassung des vom Bundeskartellamt herausgegebenen Merkblatts vom Januar 1975⁹⁴⁾ unter Ziff. II 3. heißt, der empfohlene Preis müsse einer "Mittellinie" entsprechen, die das Preisverhalten aller belieferten Handelsformen berücksichtige (im früheren Merkblatt vom November 1973⁹⁵⁾ und im ersten FIW-Referat Kazmeyers⁹⁶⁾ war sogar noch von einer "unteren Mittellinie" die Rede); denn diese Forderung erscheint nur bei den Handelspreisempfehlungen durchsetzbar. Soll dagegen die Preisvorstellung des Empfehlenden in der Werbung, durch Etiketenaufdruck oder auf andere Weise dem Verbraucher vermittelt werden, um ihm eine Orientierungshilfe zu bieten, gewinnt der empfohlene Preis Höchstpreischarakter. Abweichungen nach oben werden sich dann nur in seltenen Ausnahmesituationen einstellen, etwa falls der Standort des betreffenden Händlers dies erlaubt⁹⁷⁾.

Der verwendete Empfehlungstypus ist demnach ausschlaggebend dafür, an welcher Stelle des Spektrums der Wiederverkaufspreise der empfohlene Preis erscheint. Die Mißbrauchsaufsicht nach Nr. 3 hat den Umstand zu berücksichtigen, daß Abweichungen bei Verbraucherpreisempfehlungen anlagebedingt häufiger und auch in stärkerem Maße vorkommen als bei Handelspreisempfehlungen. Es ist daher zu überlegen, auf welche Weise

94) s. o. FN 48.

95) abgedruckt in WuW 1974, 42.

96) Kazmeyer Referat 1973 S. 110.

97) Diese Gründe mögen u. a. den Einzelhandel bewogen haben, seine Forderung nach der Freistellung nur noch der Handelspreisempfehlung zu erheben, vgl. Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels (HDE), Hrsg.: Memorandum gegen Preisempfehlungen (1973); dies., 26. Arbeitsbericht der HDE (1973) S. 68; dies., Strukturpolitisches Sofortprogramm (1974) S. 57. Ebenso Weyhenmeyer WRP 1977, 81 ff.

die Mißbrauchsaufsicht der gebotenen Differenzierung Rechnung tragen kann. Dies kann einmal in der Weise geschehen, daß bei Verbraucherpreisempfehlungen deren Wirkung als faktische Preissperre nach oben mit einem bestimmten Zuschlag auf die an sich als erheblich erachtete Spanne gewürdigt wird. Bei der Bemessung des Zuschlags wird vor allem ins Gewicht fallen, welchen prozentualen Anteil am Gesamtumsatz die hochpreisige Abnehmergruppe einnimmt, auf deren Kostensituation der Hersteller Rücksicht zu nehmen beabsichtigt⁹⁸⁾. Je geringer diese Händlergruppe ist, umso geringer muß auch der Zuschlag ausfallen, welcher zu der "Mittellinie" hinzugerechnet wird, die vom durchschnittlichen Marktpreis bestimmt wird. Ein vergleichbares Ergebnis würde auch durch die Methode erzielt, bei Handelspreisempfehlungen den Mittelwert der Abweichungen nach oben zum Mittelwert der Unterschreitungen zu addieren und dieses Ergebnis mit der durchschnittlichen Branchenspanne zu vergleichen. Liegt das durch Über- und Unterschreitungen bestimmte Spektrum noch innerhalb der vergleichbaren Marge, muß die Handelspreisempfehlung als zutreffend prognostizierter Näherungswert für den künftigen Marktpreis angesehen werden. Auf alle Fälle hat sich eine Mißbrauchsaufsicht nach Nr. 3 zu vergegenwärtigen, daß die Spannenüberprüfung bei Unterschreitungen von Verbraucherpreisempfehlungen einer elastischeren Handhabung bedarf als bei Handelspreisempfehlungen. Der Hersteller sollte diese Erkenntnis bei der Wahl zwischen den beiden Empfehlungsarten würdigen.

98) Teilweise wird sogar eine Verpflichtung zu einer solchen Rücksichtnahme angenommen; wenn der Hersteller die kostenintensiven Abnehmer bei der Spannengestaltung ungebührlich benachteilige, zwingt er sie faktisch zu einem Belieferungsverzicht und setzt sich damit der Gefahr eines Mißbrauchs nach Nr. 4 aus (Belke ZHR Band 139 (1975) S. 129 ff.; Tetzner MDR 1975, 709). Dieser Frage wird unten (III. 2.) näher nachgegangen.

5. Das Verhältnis der Unverbindlichen Preisempfehlung nach § 38 a zur sog. Mittelstandsempfehlung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1, dargestellt am Unterschreitungsfall

Neben der Unverbindlichen Preisempfehlung nach § 38 a in Form von Verbraucher- und Handelspreisempfehlungen kennt das GWB eine weitere Art von Empfehlungen, die als ein Freistellungstatbestand vom Empfehlungsverbot ausgenommen sind: die sog. Mittelstandsempfehlungen nach § 38 Abs. 2 Nr. 1. Hierbei handelt es sich um

"Empfehlungen, die von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten ausgesprochen werden, wenn die Empfehlungen

- a) dazu dienen, die Leistungsfähigkeit der Beteiligten gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen zu fördern und dadurch die Wettbewerbsbedingungen zu verbessern und
- b) gegenüber dem Empfehlungsempfänger ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird."

Da das Gesetz den Kreis der Sachverhalte, auf welche sich diese Empfehlungen beziehen können, nicht näher einschränkt, unterfällt auch die Empfehlung von Preisen im Wiederverkauf von Markenwaren durch eine privilegierte Vereinigung der Regelung des § 38 Abs. 2 Nr. 1. Nach § 38 Abs. 3 findet auch über diese Art von Empfehlungen eine Mißbrauchsaufsicht statt.

Wird nun für denselben Markenartikel sowohl eine Hersteller- als auch eine Mittelstands-Preisempfehlung ausgesprochen⁹⁹⁾, beurteilen sich beide Empfehlungen grundsätzlich getrennt. Insbesondere lassen sich die Mißbrauchsfälle des § 38 a Abs. 3 Satz 2 nur bedingt entsprechend heranziehen. Die nicht zu beanstandende Mittelstandsempfehlung kann sich aber für die Herstellerempfehlung problematisch auswirken, wenn sie diese erheblich unterschreitet, weil ihr Adressaten-

99) Dies ist ohne weiteres zulässig, vgl. BKartA Merkblatt Januar 1975 Ziff. III 2.

kreis häufig eine Mehrzahl der Wiederverkäufer darstellt. Die Frage eines Mißbrauchs nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 hängt deshalb von dem Maße ab, wie die Mitglieder der mittelständischen Vereinigung ihre Verbandsempfehlung befolgen. Da die Untersuchungsmethode der Mißbrauchsaufsicht im Hinblick auf die Herstellerempfehlung die gleiche wie auch sonst sein muß, nämlich eine Überprüfung der Handelsspannen der gesamten repräsentativen Abnehmerschaft, empfiehlt sich die nachfolgende Differenzierung:

Werden Mittelstandsempfehlungen in Form von Sonderaktionen nur für einen relativ kurzen Zeitraum ausgesprochen, ist der Anteil der die Empfehlung befolgenden Mitglieder bezogen auf die gesamte Absatzstufe ausschlaggebend dafür, ob die durch diese kurzfristige Aktion geprägte Verbrauchervorstellung noch von weitgehend befolgten Empfehlungen bei den übrigen Wiederverkäufern ausgehen kann. Ist der Charakter als Sonderangebotsempfehlung eindeutig, begreift der Verbraucher die Herstellerempfehlung langfristig als Orientierungspunkt. Diese Abgrenzung im subjektiven Bereich erscheint notwendig, da andernfalls eine marktmächtige Mittelstandsvereinigung mit einem einmaligen kurzfristigen Sonderangebot die Herstellerpreisempfehlung zu einer mißbräuchlichen machen und beseitigen könnte. Anders verhält es sich, wenn die Mittelstandsempfehlungen als dauernde oder langfristige Kalkulationshilfen für den Handel herausgegeben werden. Wird dabei die Herstellerempfehlung erheblich unterschritten und halten sich die angesprochenen Verbandsmitglieder an die Mittelstandsempfehlung, kann gegen die Preisempfehlung seitens des Herstellers im Wege der Mißbrauchsaufsicht vorgegangen werden¹⁰⁰⁾; in diesem Fall gewinnt das Indiz der überhöhten und deshalb verteuernenden Spannenbemessung durch den Hersteller Bedeutung¹⁰¹⁾. Dieser

100) Ebenso Benisch im GemK § 38 a Anm. 36.

101) Die Eingriffsmöglichkeit aufgrund der Nr. 3 stellt das BKartA ausdrücklich fest, vgl. Merkblatt Januar 1975 Ziff. III 2.

ist hier zur Vermeidung von Mißbräuchen gezwungen, entweder durch eine Anpassung des empfohlenen Preises die Distanz zur Mittelstandsempfehlung zu verringern oder den Ausspruch von Preisempfehlungen überhaupt aufzugeben. Dagegen kann nicht etwa die Mittelstandspreisempfehlung zum Gegenstand von Angriffen durch die Kartellbehörde gemacht werden, denn sie hat nur in wettbewerbskonformer Weise zu einem niedrigeren Marktpreis beigetragen.

II. Der Mißbrauchsfall der Verbrauchertäuschung

(§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2)

1. Verbrauchertäuschung und "Mondpreis"

Ein Mißbrauch nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 liegt vor, wenn "die Empfehlung geeignet ist, den Verbraucher über den von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis zu täuschen". Der zweite Mißbrauchsfall weist eine gewisse Nähe zum Unterschreitungsfall der Nr. 3 dadurch auf, daß beide Tatbestände an ein bestimmtes Ausmaß der mangelnden Befolgung der Preisempfehlung anknüpfen. Bei einem ersten Hinsehen vermeint man eine durch die Gesetzeskonstruktion bedingte Ergänzung der Freistellungsvoraussetzung des Abs. 1 Nr. 2 zu erkennen: es würde demnach mit der Nr. 2 der Beispieltatbestände das notwendige objektive Gegenstück zu der Zulässigkeitsvoraussetzung der "Erwartung" zum Einschreiten in denjenigen Fällen geliefert, in welchen sich eine mehrheitliche Unterschreitungstendenz erst bei der Praktizierung der Preisempfehlung herausstellt¹⁰²⁾. Bei einigen Verfassern herrscht dagegen der Eindruck vor, daß der Gesetzgeber durch diese Regelung weniger einer vielleicht durchaus angebrachten Differenzierung im Tatsächlichen als vielmehr den Be-

102) Diesen Entstehungsgrund nennt der Ausschußbericht S. 12.

weisschwierigkeiten der Kartellbehörde bei subjektiven Tatbestandsmerkmalen Rechnung tragen wollte¹⁰³⁾.

Preisempfehlungen, deren Befolgung von vorneherein nicht der Erwartung des Herstellers entsprechen konnte, wollte der Gesetzgeber durch Abs. 1 Nr. 2 bereits auf der Zulässigkeitsstufe als nicht vom Empfehlungsverbot freigestellt vom Markt fernhalten. Diese Art von Empfehlungen pflegten schon vor dem Inkrafttreten der 2. GWB-Novelle schlagwortartig als Mondpreisempfehlungen bezeichnet zu werden¹⁰⁴⁾. Zu einer Definition dieses Begriffs sahen sich die Berichterstatter des Wirtschaftsausschusses bei der Begründung des Abs. 1 Nr. 2 veranlaßt:

"Gemeint sind Fälle, in denen die Empfehlung bewußt stark überhöht ausgesprochen wird, um dem Handel die Möglichkeit zu geben, mit erheblichen Unterschreitungen des empfohlenen Preises zu werben." 105)

In Übereinstimmung damit versteht auch das Schrifttum zu § 38 a den Mondpreis als einen völlig unrealistischen, überhöhten Phantasiepreis, der vom Handel gar nicht oder überwiegend nicht befolgt wird¹⁰⁶⁾. Neben der mehrheitlichen Nichtbefolgung bildet somit die unrealistische Abweichung vom tatsächlich feststellbaren, durchschnittlichen Marktpreis ein weiteres Begriffsmerkmal des Mondpreises.

Es lag offenbar nahe, von der mangels Erwartung einer Befolgung unzulässigen Preisempfehlung als der "subjektiven" und von dem Mißbrauchsfall der Verbrauchertäuschung als der "objektiven" Mondpreisempfehlung zu sprechen. Jedenfalls ist im Anschluß an die Verwendung des Begriffs Mondpreisempfehlung im Zusammenhang mit dem zweiten Mißbrauchsfall

103) Benisch im GemK § 38 a Anm. 49; ders. GRUR 1975, 52; Martino MA 1973, 387.

104) Schwartz im GemK 3. Aufl. 2. Lfg. § 17 Anm. 65; Baumbach/Hefermehl § 3 UWG Anm. 286.

105) Ausschlußbericht S. 12.

106) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 56; Müller/Giessler § 38 a Anm. 31; Benisch im GemK § 38 a Anm. 35; ders. GRUR 1975, 51; Kazmeyer Referat 1973 S. 101, 111; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 436.

im Bericht des Wirtschaftsausschusses¹⁰⁷⁾ Rauschenbach¹⁰⁸⁾ mit dieser Terminologie vorangegangen und das Schrifttum ganz überwiegend gefolgt¹⁰⁹⁾. Damit entstand die Gefahr, daß mit einem pauschalierenden Schlagwort zugleich der Normzweck in einer bestimmten Weise präjudiziert wird, die weder dem Wortlaut der Vorschrift noch deren Sinngehalt gerecht wird. Nach dem Wortlaut bildet den Gegenstand der bei den Verbrauchern erweckten Täuschung allein die Befoligungsquote im Handel; der Begriff der Mondpreisempfehlung dagegen umfaßt, wie gesagt, zusätzlich die nicht realistische Abweichung vom durchschnittlichen Marktpreis. Es bedarf demnach einer eingehenderen Untersuchung darüber, ob Sinn und Zweck der Nr. 2 ein Verständnis dieser Vorschrift decken können, das die Verwendung des Begriffs Mondpreisempfehlung in diesem Zusammenhang rechtfertigt. Für die Beantwortung dieser Frage müssen zunächst die Tatbestandsmerkmale "Mehrheit der Empfehlungsempfänger" und "Eignung zur Verbrauchertäuschung" einer Prüfung unterzogen werden.

2. Das Tatbestandsmerkmal "Mehrheit der Empfehlungsempfänger"

Die Mehrheit im Sinne dieser Vorschrift ist die absolute Zahl von mehr als der Hälfte der Empfehlungsempfänger. Dieses Verständnis entspricht allgemeinen sprachlichen Regeln und hat, soweit ersichtlich, auch keine Entgegnung gefunden. Denselben Begriff verwendet das Gesetz nämlich in Abs. 1 Nr. 2, und die vom Schrifttum dort vorgenommene Interpretation¹¹⁰⁾ entspricht der hier dargelegten Ansicht. Dagegen ist der Versuch unternommen worden, den Kreis der Empfeh-

107) Ausschlußbericht S. 12.

108) Rauschenbach NJW 1973, 1862.

109) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 81; Müller/Giessler § 38 a Anm. 32 und 36 ff.; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 442; Gaedertz GRUR 1974, 605.

110) Benisch im GemK § 38 a Anm. 35; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 84; Müller/Giessler § 38 a Anm. 31.

lungsempfänger räumlich auf einen sog. "relevanten Markt" zu beschränken¹¹¹⁾. Der hierzu erforderliche Maßstab wird aber nicht aus der Sicht des Verbrauchers bezogen, sondern aus den realen Marktverhältnissen ("Ballungsgroßräume"). Konsequenterweise müßte diese Meinung schon bei der Freistellungsvoraussetzung des Abs. 1 Nr. 2 die Mehrheit der Empfehlungsempfänger an einem relevanten Markt begrenzen; dies ist aber - zu Recht - nicht geschehen. An diesem Widerspruch muß ein solcher Versuch scheitern¹¹²⁾.

Bezieht man dagegen den Maßstab aus der Schau des Verbrauchers - eine durchaus denkbare Auslegungsvariante, da die Nr. 2 mit dem Merkmal "Täuschung" auch den subjektiven Bereich erschließt -, würden die unterschiedliche Information und Mobilität bei den Verbrauchern in der Praxis nie zu einer einheitlichen, greifbaren Vorstellung "des" Verbrauchers über eine maßgebliche Mehrheit führen können. Dieses Modell ist demzufolge nicht zu einer Einschränkung des Mehrheitsbegriffs geeignet. Fruchtbarer ist es, über eine Determinierung des "Empfehlungsempfängers" zu einer empirisch feststellbaren und rechtlich nachprüfbaren Mehrheit zu gelangen. Dieser Weg empfiehlt sich vor allem im Hinblick auf die faktische Notwendigkeit für die Kartellbehörde, über eine Auswahl repräsentativer Handelsunternehmen und eine mathematische Hochrechnung zu aussagekräftigen Ergebnissen zu kommen¹¹³⁾. Diese allein praktikable Methode ist unter den in der Rechtsprechung¹¹⁴⁾ aufgestellten Voraussetzungen rechtlich unangreifbar.

111) Müller/Giessler § 38 a Anm. 37; so offenbar auch Belke ZHR Band 138 (1974) S. 442.

112) Die BReg (Erfahrungsbericht S. 19) folgert entsprechend für den dritten Beispielfall, daß der gesamte räumliche Markt der Bundesrepublik zugrundezulegen sei.

113) Vgl. dazu BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26 unter Hinweis auf die dennoch verbleibenden Schwierigkeiten einer exakten Bestimmung der Mehrheit.

114) KG WuW/E OLG 1321 ("Zahnbürsten"); WuW/E OLG 1593, 1595 ("Haushaltsmargarine").

Empfehlungsempfänger hinsichtlich einer bestimmten Markenware ist jeder belieferte Wiederverkäufer auf den verschiedenen Handelsstufen mit eigener unabhängiger Preisdispositionsbefugnis, wenn ihm gegenüber auf Preislisten, durch Verpackungsaufdruck oder in sonstiger Weise ein bestimmter Wiederverkaufspreis empfohlen wird. Daraus folgt, daß es etwa bei den Handelsunternehmen mit Filialbetrieben auf die Zahl der autonomen Entscheidungsträger ankommt, so daß bei unterschiedlichen Verkaufspreisen in verschiedenen Verkaufsstellen diese selbständig mitzuzählen sind. Eine andere Beurteilung erscheint nur in den Fällen geboten, in welchen ein einzelner Entscheidungsträger (z. B. der Einkaufsleiter) für mehrere Verkaufsstellen voneinander abweichend kalkuliert und auszeichnet¹¹⁵⁾. Es sind also ohne weiteres Situationen möglich, in denen sich eine sonach festgestellte Mehrheit regional schwerpunktmäßig äußert oder von den Umständen her gesehen kaum ins Gewicht fällt. Hier besagt die Nr. 2 eindeutig, daß es bei der Frage, wann eine Verbrauchertäuschung anzunehmen ist, darauf nicht ankommen soll.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses erweist sich auch im Vergleich mit der Freistellungsvoraussetzung des Abs. 1 Nr. 2: es hilft dem Preisempfehler nicht, wenn die größere Hälfte seines Warenumsatzes nur über eine Minderheit der Wiederverkäufer seiner Erwartung entsprechend fließt. Im übrigen dürften derartige Konstellationen eher die Ausnahme bilden, da gerade Großabnehmer durch die Gewährung von Mengenrabatten leichter zu einer von dem empfohlenen Preis abweichenden Kalkulation tendieren. Man mag darüber streiten, ob die Marge, die zur Annahme einer Täuschung des Verbrauchers führen soll, mit dieser absoluten Mehrheit den tatsächlichen Verhältnissen gerecht wird. Der Gesetzgeber scheint ein Bedürfnis gesehen zu haben, im Interesse

115) Dies ist rabattrechtlich ohne weiteres zulässig, vgl. Hoth/Gloy § 1 RabG Anm. 45 d (m. w. N.).

der Rechtssicherheit und -einheitlichkeit diese Grenze zu fixieren. Erst die Praxis¹¹⁶⁾ der Unverbindlichen Preisempfehlungen wird zeigen, ob die gleichmäßige Gewichtung des statischen und des labilen Moments der Preisempfehlung der ihr eigenen "Anpassungselastizität"¹¹⁷⁾ und den Bedürfnissen des Marktes gerecht wird.

3. Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Verbrauchertäuschung

a) Die Täuschung des Verbrauchers setzt voraus, daß ihm der empfohlene Preis auf irgendeine Weise überhaupt zur Kenntnis gelangt. Häufig, aber nicht notwendigerweise, wird ihm daneben ein davon abweichender Verkaufspreis als Vergleichsgröße dienen¹¹⁸⁾. Umgekehrt ist eine Irreführung ausgeschlossen, wenn lediglich der (nicht mit dem empfohlenen Preis übereinstimmende) Verkaufspreis publik wird. Entscheidend ist, daß der Verbraucher seine irrige Vorstellung über das mehrheitliche Händlerverhalten aus der bekanntgewordenen Preisempfehlung bezieht, gleich ob der konkrete Verkaufspreis mit dem empfohlenen Preis übereinstimmt oder nicht¹¹⁹⁾. Seine Kenntnis der Preisempfehlung muß der Verbraucher nicht notwendigerweise aus der (Hersteller-)Werbung zu beziehen; eine Beschränkung der Anwendbarkeit der Nr. 2 auf die Verbraucherpreisempfehlungen kommt daher nicht in Betracht¹²⁰⁾. Der Handel ist nämlich nicht gehindert, durch Preisvergleiche¹²¹⁾ oder schlicht durch Gewährung der Einsichtnahme in

116) Nach dem Stand vom Juli 1977 ist noch kein Mißbrauchsverfahren nach Nr. 2 eingeleitet worden, vgl. BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26; es sind lediglich in wenigen Fällen Abmahnungen wegen des Verdachts unzulässiger Preisempfehlungen erfolgt, vgl. BReg Erfahrungsbericht S. 9.

117) Kazmeyer Referat 1973 S. 99.

118) A. M. zu Unrecht Müller/Giessler § 38 a Anm. 38.

119) A. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 49, der Abweichungen nach oben nicht miteinbeziehen will.

120) Ebenso Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 88; a. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 49; Völp WRP 1973, 564.

121) Für zulässig gehalten vom BGH, WuW/E BGH 746 ("Richtpreiswerbung"); Kazmeyer Referat 1973 S. 109. A. M. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 106; Benisch GRUR 1975, 54; Weyhenmeyer WRP 1977, 83.

die Empfehlungsunterlagen mit derselben Wirkung wie sonst durch Übernahme des auf der Ware oder ihrer Verpackung befindlichen empfohlenen Preises¹²²⁾ dem Verbraucher die erforderliche Kenntnis zu verschaffen¹²³⁾.

Ausreichend zur Erfüllung des Mißbrauchstatbestands ist die bloße Eignung der Empfehlung zum mißbilligten Erfolg. Die wider Erwarten (oder nicht nachweislich ohne jede Erwartung) mehrheitlich nicht befolgte Preisempfehlung kann also nur dann jedenfalls nicht als ein Mißbrauch nach Nr. 2 verfolgt werden, wenn eine echte Handelspreisempfehlung vorliegt, welche der ganz überwiegenden Verbraucherschaft unbekannt bleibt. Die verschuldensunabhängige Mißbrauchsprüfung braucht sich nicht mit dem Einwand des Preisempfehlers auseinanderzusetzen, er habe eine Bekanntgabe an das Publikum nicht beabsichtigt oder nicht gutgeheißen¹²⁴⁾. Den Begriff "Eignung" verwendet das Gesetz auch in § 1; es kann daher das zu dieser Vorschrift entwickelte Verständnis für die Auslegung in § 38 a herangezogen werden¹²⁵⁾. Die vorzunehmende Prüfung hat sich aber nicht darauf zu beziehen, ob die Tatsache mehrheitlicher Abweichungen als solche Gegenstand einer Täuschung des Verbrauchers sein kann (die Antwort darauf hat das Gesetz selbst schon gegeben), sondern ob die Art und Weise der Praktizierung der Preisempfehlung eine solche Täuschung überhaupt hervorrufen kann. Der Preisempfehler kann sich daher nicht darauf berufen, das Publikum sei über die Überwiegende Nichtbefolgung orientiert und gebe sich gar keiner Täuschung hin. Denn wäre diese Einlassung be-

122) Vgl. Leitbrief des Präsidenten des Bundeskartellamts, WuW/E BKartA 209 (Nr. 6).

123) Eine rechtliche Handhabe, dies zu unterbinden, besitzt der Hersteller nicht, vgl. Giefers, Die Unverbindliche Preisempfehlung in der Werbung des Einzelhandels, WRP 1976, 603.

124) Wie hier Belke ZHR Band 138 (1974) S. 442; a. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 49; Völp aaO S. 564.

125) Die herrschende, allerdings bestrittene Meinung setzt eine "gewisse" oder "ausreichende" Wahrscheinlichkeit

achtlich, käme der Täuschungsmißbrauch gerade in denjenigen Fällen nicht zum Zuge, in denen dem Hersteller die Behauptung, die Preisempfehlung sei bei ihrem Ausspruch als marktkonform angesehen worden, nicht widerlegt werden kann und damit das Freistellungsprivileg in Anspruch genommen wird. Dies zu verhindern entspricht jedenfalls auch dem der Nr. 2 vom Gesetzgeber auf den Weg gegebenen Zweck.

b) Zur Bestimmung der "Eignung" zur Täuschung ist eine erste Eingrenzung dahin vorzunehmen, daß umrissen wird, was das Gesetz mit "Täuschung" meint. Dieser vom Gesetz sonst an keiner Stelle verwendete Begriff scheint einen kartellrechtlichen Fremdkörper zu bilden. Im Wettbewerbsrecht umfaßt der dort geläufige Ausdruck Irreführung, der nach allgemeinem Sprachverständnis keinen anderen Inhalt hat, insbesondere die Fälle des § 3 UWG, unter denen die Irreführung des Verbrauchers das Hauptanwendungsgebiet darstellt. Diese Vorschrift will den Wettbewerb als lauterer Leistungswettbewerb schützen¹²⁶⁾, nicht dagegen als überhaupt funktionierenden oder gesamtwirtschaftlich ausgewogenen. Die Frage zielt daher auf den Aspekt des Wettbewerbsschutzes, den die Nr. 2 vermittelt.

Der Gedanke, daß die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht nicht in jedem Fall eine rein wettbewerbsordnende sein muß, ließe sich - in Verfolgung der beabsichtigten Anknüpfung an den seitherigen Rechtszustand¹²⁷⁾ - aus der früheren Praxis und dem Schrifttum zu § 17 a. F. herleiten. Schon nach dieser Vorschrift sind verbrauchertäuschende Verhaltensweisen von Preisbindern bzw. Preisempfehlern als mißbräuchliche

voraus; eine mehr oder weniger entfernte objektive Möglichkeit genüge nicht (so WuW/E BGH 363 "Gasglühkörper"; 730 "Klinker"). Entsprechend auch zu § 38 a Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 65.

126) Baumbach/Hefermehl § 3 UWG Anm. 3 f.

127) Ausschlußbericht S. 11.

Handhabung angesehen worden¹²⁸⁾. Aus der Tatsache, daß anstatt der "Handhabung" des Wettbewerbsmittels nunmehr dessen Freistellung den Begriff bildet, worauf sich ein Mißbrauch bezieht, kann nicht auf eine Veränderung des gesetzgeberischen Willens geschlossen werden. Dieser frühere Rechtszustand stünde folglich einem Verständnis der Nr. 2 als einem nur gegen Täuschungssachverhalte gerichteten Mißbrauchstatbestand nicht im Wege. Auch der Bericht des Wirtschaftsausschusses weist einen Schutz des Verbrauchers vor Täuschungen, ohne Erwähnung einer übergeordneten Zielvorstellung, als Motiv für die Aufnahme der Nr. 2 in den Beispielkatalog aus¹²⁹⁾. Von daher liegt die Annahme nahe, die Nr. 2 verfolge einen ganz anderen Zweck als etwa die Nr. 3, welche die Ausgewogenheit einer objektiv feststellbaren Befolgung der Preisempfehlung im Auge hat und das Fehlen einer solchen Ausgewogenheit durch marktbezogene Vergleichsgrößen ermittelt.

c) Dieser Gedanke bildet den Ansatzpunkt von Belke¹³⁰⁾, wenn er der Mißbrauchsaufsicht des § 38 a Abs. 3 zwei verschiedene "Stoßrichtungen" beimißt, nämlich eine wettbewerbsbezogene in den Fällen der Nr. 1, 3 und 4 und eine unlauterkeitsbezogene in der Nr. 2. Der Sache nach wird diese Theorie von den unterschiedlichen Stoßrichtungen der Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a Abs. 3 auch von Kazmeyer¹³¹⁾ vertreten, wenn er im Rahmen der Generalklausel des Satzes 1 als einen Mißbrauchsfall bezeichnet, daß vom empfohlenen Preis allgemein täuschende Wirkungen ausgehen. Kazmeyer verzichtet hier überhaupt auf das Erfordernis einer wettbewerbliehen Relevanz und sieht den Angriffspunkt der Mißbrauchsaufsicht

128) Frankf. Komm. § 17 Tz. 43; Schwartz im GemK § 17 Anm. 63; Brief des Vorsitzenden der 2. Beschlußabteilung des Bundeskartellamts, WuW/E BKartA 143.

129) Ausschlußbericht S. 11 f.

130) Belke ZHR Band 138 (1974) S. 437.

131) Kazmeyer Referat 1973 S. 109 f.

im bloßen Tatbestand der Täuschung. Dies mag bei einem unmittelbar über die Generalklausel zu lösenden Sachverhalt als gerechtfertigt erscheinen. Die Nr. 2 verschließt sich dagegen, wie auch Belke¹³²⁾ erkennt, einer strengen Trennung der vier Beispieltatbestände in Zielsetzungen mit und ohne spezifisch kartellrechtlichen Aspekt.

Nicht jede beliebige unrichtige Vorstellung des Verbrauchers kann den Tatbestand der Nr. 2 erfüllen, sondern nur der konkrete Irrtum über die Häufigkeit der Befolgung des empfohlenen Preises im Handel. Graduell sind hier die verschiedensten Vorstellungen denkbar; die Möglichkeiten eines Irrtums reichen von der Annahme, empfohlene seien verbindliche Preise, bis zur Ansicht, der Händler müsse in jedem Falle einen selbst kalkulierten Preis vom Kunden fordern. In diesem Spektrum soll nur eine Täuschung maßgeblich sein, diejenige über die von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger verlangten Preise. Der Gesetzgeber unterstellt damit eine "richtige" Vorstellung des Verbrauchers dergestalt, daß empfohlene Preise mehrheitlich befolgt werden. Diese vorweggenommene Sicht wiederum beruht, wie der Vergleich mit der Freistellungsvoraussetzung des Abs. 1 Nr. 2 erweist, auf der eigenen wettbewerbspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers, nur die überwiegend befolgte Empfehlung als wettbewerbskonform anzusehen. Damit schließt sich der Argumentationskreis: der Täuschungsfall der Nr. 2 als Instrument der kartellbehördlichen Aufsicht ist nichts anderes als das Regulativ zur Aufrechterhaltung der gesetzgeberischen Modellvorstellung einer mehrheitlich befolgten Preisempfehlung. In dieser Zweckbestimmung gründet ein rein kartellrechtlicher Ordnungsaspekt, der nur dann als unbeachtlich zurücktreten soll, wenn eine Täuschungseignung überhaupt ausgeschlossen ist. Die Nr. 2 verfolgt deshalb einen Verbraucherschutz

132) Belke ZHR Band 138 (1974) S. 443.

bloß im weiteren Sinne, unmittelbar reiht sich die wettbewerbsbezogene Zielsetzung nahtlos in die übrigen Mißbrauchstatbestände des Satzes 2 ein.

Mit diesem Ergebnis läßt sich auch die Funktion des Begriffs "geeignet" in Nr. 2 erklären. Er dient nicht der Abgrenzung bei der Feststellung einer Täuschung im Falle einer bestimmten Befolungsquote im Handel, weil dieser Täuschungsvorgang vom Gesetz selbst bestimmt wird; er dient vielmehr der Frage, ob die Art und Weise, wie die Preisempfehlung als Willenserklärung des Herstellers artikuliert und publiziert wird, in tatsächlicher Hinsicht eine Täuschung des Verbrauchers auslösen kann. Bei der Gegenüberstellung von Handelspreisempfehlungen mit Verbraucherpreisempfehlungen zeigen sich die praktischen Auswirkungen des Merkmals "geeignet": werden erstere nur dem Handel bekanntgegeben und von diesem nicht seinen Kunden gegenüber offengelegt, kann der Verbraucher zwar eine bestimmte Befolungsquote vermuten, aber keiner konkreten Täuschung unterliegen. Die Begründung für die Annahme des Gesetzgebers, bei Handelspreisempfehlungen auf die Ordnungsfunktion der Nr. 2 verzichten zu können, läßt sich im Standort dieser Art von Empfehlungen innerhalb der Skala sämtlicher Wiederverkaufspreise finden. Sofern bei Handelspreisempfehlungen überhaupt Abweichungen vom empfohlenen Preis in nennenswerter Anzahl vorkommen, äußern sie sich regelmäßig sowohl als Unterschreitungen wie auch als Überschreitungen. Es ist also nicht auszuschließen, daß diese Empfehlungen in der Nähe des wettbewerbskonformen Preises angesiedelt sind. Da Preisempfehlungen gerade dieses Ziel verfolgen sollen, können mehrheitliche Abweichungen (nach unten und oben) hier als unschädlich angesehen werden.

d) Damit ist auch für den zweiten Beispielfall der Bezug auf die Aufgabe der Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a zur Ordnung der Wettbewerbsbedingungen hergestellt. Bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Nr. 2 sollte deshalb hinsichtlich

der Höhe der Abweichungen, soweit sie sich als Unterschreitungen darstellen, nicht eine weitere Einschränkung vorgenommen werden, um dem vermeintlichen Bedürfnis einer Anpassung der Nr. 2 an den dritten Beispielfall Rechnung zu tragen. In diese Richtung zielt aber der im Schrifttum¹³³⁾ verschiedentlich unternommene Versuch, in den Täuschungstatbestand eine der Nr. 3 vergleichbare erhebliche Marge der Abweichung, eben im Sinne der oben aufgezeigten Begriffsbestimmung der "objektiven Mondpreisempfehlung", hineinzuninterpretieren. Die Vertreter dieser Meinung beziehen sich offenbar auf die Stelle des Berichts des Wirtschaftsausschusses, an welcher es heißt:

"Die Täuschung des Verbrauchers besteht in diesen Fällen darin, daß durch das Herausstellen des überhöhten empfohlenen Preises als des 'Normalpreises' der Eindruck erweckt wird, als handele es sich bei dem niedrigeren tatsächlich geforderten Preis um ein besonders preisgünstiges Angebot." 134)

Diese knappe und isoliert stehende Begründung bedarf der Ergänzung. Der Gesetzgeber ist offenkundig von dem Gedanken geleitet, daß die Täuschung des Publikums über die mehrheitliche Nichtbefolgung im Handel zugleich eine Täuschung über die von den abweichenden Wiederverkäufern vorgegebene "Leistungsfähigkeit" darstelle. Was die Vorstellung des Verbrauchers zur irrtümlichen macht, ist indes nicht die in der Unterschreitung begründete Preiswürdigkeit - diese ist objektiv feststellbar als Vergleich zwischen empfohlenem und Verkaufspreis -, sondern die Häufigkeit, mit welcher eine solche Preiswürdigkeit im Handel anzutreffen ist. Wenn nach dem Gesetz nur eine überwiegende Nichtbefolgung den Täuschungsvorwurf begründen kann, gilt diese Wertung zu-

133) Müller/Giessler § 38 a Anm. 39; Martino MA 1973, 388; dagegen ausdrücklich Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 86; Böge, Die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren, DB 1973, 1733 ff. (1735).

134) Ausschlußbericht S. 12.

gleich für die Irreführung über die Leistungsfähigkeit des Händlers. Eine ganz bestimmte Erwartung, nämlich daß bei der Mehrheit der Wiederverkäufer der empfohlene Preis unverändert anzutreffen sei, muß enttäuscht worden sein. Eine irrtümliche Annahme des Publikums, mögliche Unterschreitungen würden graduell unerheblich ausfallen, ist davon streng zu unterscheiden und von der wettbewerbspolitischen Wertung des Gesetzgebers her Gegenstand der Nr. 3¹³⁵⁾.

Eine notwendige Einschränkung ist dagegen nach anderen Kriterien vorzunehmen. Als Bestandteil des Preisempfehlungsrechts ist der zweite Mißbrauchsfall ausschließlich an der diesem Wettbewerbsinstrument eigenen Dynamik zwischen Befolgung und Unterschreitung orientiert, so daß nur das Vertrauen auf deren Funktionieren einer Täuschung unterliegen kann, nicht aber die Vorstellung über ein vom Preisempfehlungsrecht unabhängiges Wettbewerbsverhalten des Handels. Deshalb sind z. B. die Gewährung eines Barzahlungsnachlasses bis zu 3 % nach § 2 des Rabattgesetzes¹³⁶⁾ oder Schlußverkaufspreise nach der Verordnung über Sommer- und Winterschlußverkäufe¹³⁷⁾ keine Unterschreitungen des empfohlenen Preises, die eine nach Nr. 2 bedeutsame Täuschung herbeizuführen geeignet wären¹³⁸⁾. Denn insoweit liegt gar keine Erwartung des Publikums vor, daß der Handel den empfohlenen Preis unverändert übernehmen werde.

Die Konsequenz dieses Verständnisses der Nr. 2 ist, daß die verschiedentlich aufgestellte Behauptung, in jedem Fall der Verbrauchertäuschung sei zugleich der Tatbestand der Nr. 3

135) Ebenso Kazmeyer Referat 1973 S. 111.

136) vom 25. November 1933 (RGBl. I S. 1011).

137) vom 13. Juli 1950 (BANz. Nr. 135).

138) In diesem Sinne, wenngleich ungenau ("Mondpreisfälle") auch das BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26. Gleicher Ansicht Müller/Giessler § 38 a Anm. 36; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 443; Tetzner MDR 1975, 709; demgegenüber will Benisch im GemK § 38 a Anm. 49 die Grenze bei 7 - 10 % ziehen.

verwirklicht¹³⁹⁾, nicht aufrechterhalten werden kann. Diese Ansicht übersieht, daß der Tatbestand der Nr. 2 Abweichungen vom empfohlenen Preis insgesamt, also auch nach oben, umfaßt¹⁴⁰⁾. Der Verzicht auf das Erfordernis einer erheblichen Preisdifferenz, wie er sich sowohl vom Wortlaut der Vorschrift als auch vom Normzweck her ergibt, führt zu inkongruenten Deckungskreisen im Anwendungsgebiet beider Mißbrauchstatbestände.

4. Das Verhältnis zur Mittelstands-Preisempfehlung

Die Ordnungsfunktion, die eine mehrheitliche Befolgung des empfohlenen Preises im Preisempfehlungsrecht besitzt, entfaltet ihre Bedeutung bei einer Gegenüberstellung mit den für denselben Artikel ausgesprochenen Preisempfehlungen von Mittelstandsvereinigungen nach § 38 Abs. 2 Nr. 1. Die Tatsache, daß die von der Herstellerempfehlung abweichende Mehrheit der Wiederverkäufer eine Mittelstandsempfehlung befolgt, kann die mißbräuchliche Handhabung der ersteren nicht beseitigen. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß in diesen Fällen die Herstellerempfehlung überwiegend eine eigene Empfehlungsfunktion verloren hat und an ihre Stelle die Mittelstandsempfehlung getreten ist. Wenn über die Hälfte des Abnehmerkreises eines Herstellers mittelständischen Vereinigungen angehört, bleibt die dann ausgesprochene Herstellerempfehlung verstärkt der Gefahr ausgesetzt, ihre Eignung als Mittel zur Kalkulationshilfe und Preisbeeinflussung auf nachfolgenden Stufen zu verlieren. Zwar übernimmt dann gegebenenfalls der Handel die alleinige Preisgestaltung für bestimmte Markenartikel, wenn sich der Hersteller angesichts der drohenden Mißbrauchsverfügung gezwungen sieht, auf den Einsatz von Preisempfehlungen zu

139) So aber Kazmeyer Referat 1973 S. 111; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 444. Wie hier Benisch im GemK § 38 a Anm. 66.

140) A. M. insoweit Benisch im GemK § 38 a Anm. 49.

verzichten. Diese Konsequenz entspricht aber der Zielsetzung des Gesetzgebers; wenn die Mehrheit der mittelständischen Abnehmer Verbandsempfehlungen zu befolgen pflegt, kann ein Markenartikelhersteller nicht im Ernst erwarten, daß seine Preisempfehlung überwiegend befolgt werde (§ 38 a Abs. 1 Nr. 2). Es ist daher kein sachlicher Grund vorhanden, in diesen Fällen den Hersteller zu privilegieren.

5. Das Verhältnis der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 zur Rechtsverfolgung nach dem UWG

Im Hinblick insbesondere auf § 3 UWG ist die "Existenzberechtigung" des zweiten Beispielfalls in Frage gestellt worden¹⁴¹⁾. Es ist daher zu überlegen, inwieweit beide Vorschriften in ein Konkurrenzverhältnis treten können. Man stößt dabei auf Unterschiede, die über den Gegensatz zwischen einer von der Privatinitiative von Wettbewerbern oder Verbänden getragenen Rechtsverfolgung zivilrechtlicher Natur einerseits und Aufsichtsmaßnahmen kraft kartellbehördlichen Auftrags andererseits hinausgehen.

Die Irreführung nach § 3 UWG, die in der enttäuschten Erwartung des Publikums besteht, in der Preisempfehlung einen Anhaltspunkt zum Vergleich und für seine Kaufentscheidung zu finden, wurde bislang in der wettbewerbsrechtlichen Praxis allein danach gemessen, mit welchen Abschlägen vom empfohlenen Preis abgewichen wurde¹⁴²⁾. Ob dieses Verständnis durch den neugeschaffenen § 38 a eine Änderung erfahren mußte und sich nunmehr auch auf die Befolgingsquantität, also die Zahl der abweichenden Wiederverkäufer, zu beziehen hätte, kann hier dahinstehen. Unabhängig von einer Entscheidung dieser Frage stellt sich jedenfalls die wettbewerbs-

141) Völp WRP 1973, 564.

142) Baumbach/Hefermehl § 3 UWG Anm. 286'.

rechtliche Täuschung als eine Verletzung des Grundsatzes der Lauterkeit dadurch dar, daß der Handel (nicht der Hersteller!) sein Angebot als besonders preiswürdig herausstellt, welches Attribut das Gesamtsortiment nicht für sich in Anspruch nehmen kann¹⁴³⁾. Daneben hat der wettbewerbsrechtliche Täuschungsvorwurf keine materiell wägbaren Momente zur Voraussetzung, etwa daß der Verbraucher eine nicht dem eigentlichen, am Marktpreis gemessenen Warenwert entsprechende Gegenleistung erbringen würde, wenn er zu dem empfohlenen Preis kaufte. Gerade die für den Verbraucher objektiv vorteilhaften Angebote lassen die Tatbestandlichkeit einer Irreführung unberührt.

Demgegenüber ist die in § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 einzig interessierende Irreführung nicht die derjenigen Verbraucher, welche auf das angeblich preiswürdige, vom empfohlenen Preis abweichende Angebot reagierten, sondern die Unkenntnis derer, die aus dem Vorhandensein der Preisempfehlung zu Unrecht auf deren Marktgerechtigkeit schlossen und deshalb den nicht oder nur im Rahmen eines Barzahlungsnachlasses abweichenden Preis entrichteten¹⁴⁴⁾. Diese Verbraucher hätten in Kenntnis der wahren Sachlage bei einem anderen Händler oder eine andere Ware gekauft. Der Mißbrauchsvorwurf konzentriert sich hier in der unrichtigen Vorstellung über eine sonst subjektiv empfundene Verteuerung und ist damit unabhängig von einer gesamtwirtschaftlich erheblichen objektiven Verteuerung. Dies ist nicht nur ein ganz anderer Täuschungsvorgang als der dem § 3 UWG zugrundeliegende; auch die Adressaten beider Bestimmungen sind verschieden. Im Recht des unlauteren Wettbewerbs ist es der Händler als Konkurrent, weil sich seine Unterschreitung der Preisempfehlung als unlauter darstellt. Im Kartellrecht wird

143) Müller/Giessler § 38 a Anm. 4; BGH GRUR 1970, 33 ("Lockvogel").

144) Dies wurde zutreffend erkannt von Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 89.

der Preisempfehlen als Urheber eines festgestellten Mißbrauchs angesehen, wenn er an der Empfehlung festhält, die eine Minderheit im Handel immerhin durchsetzt. Die aus dieser Sachlage resultierende Täuschung entspringt nicht individueller Unlauterkeit - jedenfalls soweit die Abweichungen vom empfohlenen Preis wettbewerbsrechtlich irrelevant sind -, sondern ist systembedingt. Korrekturen im Empfehlungssystem selbst können aber zuverlässig nur durch die Kartellbehörde wahrgenommen werden.

Der Hinweis, die Nr. 2 erweise sich als weitgehend überflüssig, da es in Täuschungsfällen der Handel in der Hand habe, Mißbräuchen zu begegnen¹⁴⁵⁾, geht daher fehl. Die wesentliche ordnungspolitische Zielsetzung der Nr. 2, die Gewährleistung marktgerechter Preisempfehlungen auch in Anbetracht der Befoligungsquote, kann das UWG nie verwirklichen.

III. Der Mißbrauchsfall des Belieferungsausschlusses (§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 4)

1. Nichtbelieferung und Diskriminierungsverbot

Die Aufzählung des Gesetzes nennt als einen weiteren Fall des Mißbrauchs der Preisempfehlung in der Nr. 4, daß "durch Vertriebsregelungen oder andere Maßnahmen des empfehlenden Unternehmens bestimmte Unternehmen oder bestimmte Abnehmergruppen ohne sachlich gerechtfertigten Grund vom Vertrieb der Waren ausgeschlossen sind". Die Formulierung besitzt auf den ersten Blick eine gewisse Verwandtschaft mit § 26 Abs. 2 Satz 1, wonach bestimmte Unternehmen ein anderes Unternehmen nicht "gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar

145) Völp WRP 1973, 564.

unterschiedlich behandeln" dürfen. Die Nr. 4 könnte deshalb den Eindruck eines besonderen Diskriminierungstatbestands erwecken¹⁴⁶⁾, der in seiner praktischen Auswirkung den Preisempfehler in den Kreis der unter § 26 Abs. 2 fallenden Unternehmen aufnehmen sollte. Nach der herrschenden Meinung, die sich zu der vor der 2. GWB-Novelle bestehenden Fassung des § 26 Abs. 2 gebildet hatte, war nämlich ein Preisempfehler wegen des strafrechtlichen Analogieverbots, dessen Geltung auch bei der Verbotsnorm des § 26 angenommen wurde, nicht dem Diskriminierungsverbot unterworfen¹⁴⁷⁾. Der Schluß erscheint naheliegend, daß der Gesetzgeber den Preisempfehler in denjenigen Fällen, in welchen er weder marktbeherrschend im Sinne von § 26 Abs. 2 Satz 1 ist noch eine Abhängigkeit seiner Abnehmer im Sinne von § 26 Abs. 2 Satz 2 hervorruft, gleichwohl erfassen wollte.

Einer solchen Annahme steht zunächst entgegen, daß eine Mißbrauchsnorm wie die in § 38 a enthaltene keinen Verbotstatbestand schafft. Sodann müßte man sich fragen, wieso das preisempfehlende Unternehmen im Hinblick auf die Gesetzes-systematik nicht einfach in die Aufzählung des § 26 Abs. 2 Satz 1 aufgenommen worden ist, hätte die Absicht bestanden, diese Unternehmen dem Diskriminierungsverbot zu unterstellen. Wenn der Gesetzgeber einen nach seiner Überzeugung regelungsbedürftigen Sachverhalt nicht als ein im Ordnungswidrigkeitsteil des GWB (§ 38 Abs. 1 Nr. 8) sanktioniertes Verbot in den Diskriminierungskomplex (§ 26 Abs. 2), sondern als Mißbrauchstatbestand in den Bereich der Freistellung vom Empfehlungsverbot (§ 38 a Abs. 3) einordnet, trifft er damit zugleich eine inhaltliche Gewichtung, die sich an der systematischen Funktion dieser Norm orientiert: der Preisempfehler soll nicht einem absolut wirkenden Verhaltensver-

146) Gaedertz GRUR 1974, 606; Benisch GRUR 1975, 53 (diese Ansicht wurde im GemK § 38 a Anm. 53 offenbar aufgegeben).

147) Benisch im GemK 3. Aufl. 4. Lfg. § 26 Abs. 2 Anm. 15; Frankf. Komm. § 26 Tz. 56 m. w. N.

bot unterliegen, sondern lediglich der im Einzelfall tätig werdenden Mißbrauchsaufsicht. Die Mißbrauchstatbestände des § 38 a Abs. 3 haben - soviel ist bereits erkennbar - als gemeinsames Merkmal, daß das Unwerturteil mißbräuchlichen Verhaltens in Beziehung zur generellen Freistellung eines bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Vorgangs gesetzt wird, der Kartellbehörde zur Einleitung von Aufsichtsmaßnahmen aber ein Beurteilungsspielraum ("kann") eingeräumt wird. Demgegenüber sind die Verbotstatbestände starr, wie dies auch das (materielle) Empfehlungsverbot selbst ist. Die Freistellung von einem Verbot kann aber nicht ihrerseits einem eingeschränkten Verbot unterliegen. Schließlich kommt hinzu, daß die Nr. 4 nur den Belieferungsausschluß, nicht aber Preis-, Rabatt- oder Konditionendifferenzierungen erfaßt, insoweit also wesentlich enger ist als § 26 Abs. 2.

Bei dieser Gegenüberstellung wird auch deutlich, daß der Belieferungsausschluß nicht, wie aus dem Gesetzeswortlaut geschlossen werden könnte, den in der Nr. 4 mißbilligten Markterfolg darstellt. Den eigentlichen Angriffspunkt bildet vielmehr der dahinterstehende, im Text nicht zum Ausdruck gekommene Umgehungsaspekt, der einer Kombination von Vertriebsregelungen mit dem Ausspruch von Preisempfehlungen unter Umständen eigen sein kann¹⁴⁸⁾. Im Hinblick auf das mit der 2. GWB-Novelle geschaffene Preisbindungsverbot für Markenwaren hätte sich sonst dem Hersteller der Ausweg angeboten, durch eine solche Kombination von Absatzinstrumenten einen in seiner Wirkung kaum nachstehenden Ersatz für das verbotene Wettbewerbsmittel zu schaffen. Es stand zu befürchten, daß bei bestimmten Markenartikeln die Händler unter dem psychologischen Druck einer künftigen Nichtbelieferung tendenziell "preistreuer" verkauften und damit eine faktische Bindungswirkung eintrat¹⁴⁹⁾. Die Nr. 4 will die

148) Ausschlußbericht S. 12.

149) Diese Gefahr hatte das BKartA im Tätigkeitsbericht 1973 S. 6 und 18 f. berufen. Dagegen stellt die BReg, gestützt auf das von ihr eingeholte IFO-Gutachten, fest, daß solche Kombinationen nur selten Bindungswirkungen ausüben, vgl. Erfahrungsbericht S. 8.

dem Preisbindungsverbot zugrundeliegende Zielsetzung, verteuernde Wettbewerbsmaßnahmen zu verhindern, im Preisempfehlungsrecht verwirklichen. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Nr. 4 erfordert somit neben der Feststellung der möglichen zum Belieferungsausschluß führenden Maßnahmen die Darlegung einer auf der faktischen Bindungswirkung beruhenden wettbewerbsschädlichen Verteuerungseignung.

2. Das Tatbestandsmerkmal "Vertriebsregelungen oder andere Maßnahmen"

Die Unverbindliche Preisempfehlung richtet sich nur an rechtlich und wirtschaftlich selbständige Wiederverkäufer. Deshalb können zunächst diejenigen Vertriebsregelungen ausgeschieden werden, durch welche der Hersteller Direktvertrieb praktiziert, also selbst als unmittelbarer Vertragspartner des Endverbrauchers auftritt. Bei dieser Vertriebsform ist überhaupt kein Adressat vorhanden, dem gegenüber Empfehlungen ausgesprochen werden könnten, bestimmte Wiederverkaufspreise zu verlangen¹⁵⁰⁾. Der Hersteller übernimmt hier Funktion und Absatzrisiko des Handels und setzt die Endverkaufspreise eigenverantwortlich fest. Da es insoweit schon an der Freistellungsvoraussetzung "für die Weiterveräußerung" fehlte, wäre die Verwendung von Preisempfehlungen ordnungswidrig; daneben wäre in diesen Fällen der Tatbestand der Irreführung nach § 3 UWG erfüllt.

Von den als Vertriebsregelung zu bezeichnenden Absatzinstrumenten steht die Vertriebsbindung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 im Vordergrund. Hier wird dem Erstabnehmer durch vertragliche Bindung der Kreis seiner eigenen Abnehmer vorgeschrieben, was ganz von selbst den Ausschluß weiterer Abnehmer von der Belieferung bewirkt. Den zweiten im Markenartikelabsatz praktizierten Schwerpunkt bilden die Formen des Selektiv-

150) Übereinstimmend Müller/Giessler § 38 a Anm. 6; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 14.

absatzes¹⁵¹⁾, wodurch der vom Hersteller vorbestimmte Kreis der Wiederverkäufer an Letztabnehmer unmittelbar beliefert wird, weshalb sich in diesem Fall eine Vertriebsbindung erübrigt. Als flankierende Maßnahme kann aber z. B. ein vertragliches Verbot des Konkurrentenverkaufs (Querlieferung) hinzutreten. Die genannten Fälle stellen unmittelbar Vertriebsregelungen i. S. d. Nr. 4 dar. Nicht so eindeutig erscheint dies bei Verbraucherpreisempfehlungen in den Fällen einer extremen Rabattdifferenzierung zwischen einzelnen Handelsformen und umgekehrt einer völligen Spannennivellierung, auch wenn man hier den Begriff "andere Maßnahmen" zur Tatbestandsverwirklichung heranziehen wollte. In dem ersteren Falle könnten Niedrigpreisgeschäfte, in dem letzteren der Fachhandel sich aus Kostengründen faktisch gezwungen sehen, auf die Belieferung mit der jeweiligen Markenware zu verzichten. Die Frage ist, ob ein derartiger bloß faktischer Belieferungsausschluß die Rechtsfolgen der Nr. 4 herbeiführen kann.

Eine beachtliche Zahl von Verfassern hat diese Möglichkeit angenommen¹⁵²⁾. Diese Ansicht muß ebenso wie die Gegenmeinung konzedieren, daß der Wortlaut des Gesetzes mit dem "durch" zwar das Kausalerfordernis feststellt, aber offenläßt, ob zugleich die Absicht des Herstellers, bestimmte Abnehmer von der Belieferung auszuschließen, als finales Element notwendig ist. Als Argument dafür, daß eine tatsächliche Nichtbelieferung genüge, ließe sich anführen, daß eine sachliche Rechtfertigung der Nichtbelieferung z. B. daran gemessen werden kann, wie objektiv der Hersteller den von

151) Dazu Belke ZHR Band 139 (1975) S. 152 f.; Tessin, Markenartikelvertrieb nach der 2. Kartellgesetznovelle, GRUR 1974, 683 ff.; Sölter, Marketingkonzeptionen des Herstellers nach Aufhebung der Preisbindung, MA 1974, 142 ff.

152) Müller/Giessler § 38 a Anm. 43; Rauschenbach NJW 1973, 1862; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 441; Tetzner MDR 1975, 709.
A. M. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 101; Benisch GRUR 1975, 53.

ihm selektierten Abnehmerkreis beschreibt¹⁵³⁾. In den genannten Fällen der Rabattdifferenzierung und der Spannennivellierung könnte der Hersteller diese Voraussetzung naturgemäß nicht erfüllen. Es widerspräche aber der Konzeption des an den gesamtwettbewerblichen Verhältnissen orientierten § 38 a, wenn es der einzelne Händler mit der Behauptung, sich am Bezug der Ware wirtschaftlich gehindert zu sehen, in der Hand hätte, das Herstellerverhalten nach Nr. 4 angreifbar zu machen. Eine dementsprechend einschränkende Auslegung darf deshalb nur den faktischen Ausschluß ganzer Abnehmergruppen berücksichtigen.

Bei diesem Ergebnis ist zu überlegen, ob die Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a überhaupt einzugreifen hat, wenn bei Minimalspannen gerade die kostenintensiven und deshalb tendenziell "preistreuere" Abnehmergruppen faktisch vom Warenbezug ausgeschlossen sind. Von den gesetzgeberischen Motiven könnte hier allenfalls die Zulassung von Preisempfehlungen zur Vermeidung von negativen Strukturveränderungen im Handel in Anspruch genommen werden. Bei einer Abwägung muß aber die Zielsetzung des Verbraucherschutzes den Vorzug genießen¹⁵⁴⁾; der Handel ist in diesen erfahrungsgemäß¹⁵⁵⁾ seltenen Fällen gezwungen, den Artikel u. U. nicht voll kostendeckend zu verkaufen, will er ihn zwar in sein Sortiment aufnehmen, aber nicht oberhalb des empfohlenen Preises auszeichnen. Den betroffenen Abnehmern kann dies im allgemeinen zugemutet werden, da sie durch höhere Spannen bei anderen Waren den Nachteil der mangelnden Kostendeckung durch den Vorteil der Sortimentsabrundung korrigieren können.

153) Benisch im GemK § 26 Abs. 2 Anm. 47; Frankf. Komm. § 26 Tz. 75; Schricker GRUR 1976, 530.

154) ebenso Müller/Giessler § 38 a Anm. 45; a. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 58.

155) Im Preiswettbewerb befindliche Ware läßt sich beim Vertrieb über alle Abnehmergruppen nur mit ausreichenden Spannen absetzen, vgl. dazu BKartA Tätigkeitsbericht 1976 S. 36.

Zweifelhaft kann die Anwendbarkeit der Nr. 4 ferner bei einem endgültigen Belieferungsausschluß sein. Mit Rücksicht auf die SABA-Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁵⁶⁾ zu § 25 (Abs. 1 a. F.) muß auch ein Preisempfehler damit gehört werden, daß mit dem schon vollzogenen Belieferungsausschluß nur ein vergangenes Verhalten gewissermaßen vergolten werden, nicht aber der Abnehmer zu einem bestimmten preislichen Verhalten in der Zukunft gezwungen werden sollte. Freilich kann dies nur für den einzelnen Ausschluß bestimmter Abnehmer gelten; dabei darf sogar die zurückliegende Tatsache von Unterschreitungen zum Anlaß genommen werden¹⁵⁷⁾. Wird aber eine erhebliche Zahl von Abnehmern oder sogar eine ganze, bisher belieferte Gruppe von Abnehmern nicht weiterbeliefert, kann in dieser gebündelten Maßnahme eine nach § 38 a mißbräuchliche Verteuerungseignung erblickt werden¹⁵⁸⁾. Unter diesem Blickwinkel will das Preisempfehlungsrecht eine Einflußnahme des Herstellers auf die künftige Marktpreisentwicklung kontrollieren.

3. Das Tatbestandsmerkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund"

Nach dem Gesetz ist ein Ausschluß vom Vertrieb nicht mißbräuchlich, wenn hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund vorhanden ist. Dem Markenartikelhersteller, der Preisempfehlungen aussprechen will, wird damit eine Beschränkung seiner unternehmerischen Ermessensfreiheit bei der Absatzplanung auferlegt. Es ist ihm nicht gestattet, unter Berufung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit seinen Abnehmerkreis willkürlich¹⁵⁹⁾ zu bestimmen. In der Beurteilung des danach

156) Bundesgerichtshof WuW/E BGH 711.

157) Benisch im GemK § 38 a Anm. 34.

158) Im Ergebnis übereinstimmend, aber mit etwas abweichender Begründung Kazmeyer Referat 1973 S. 112.

159) Dieser Begriff wird überwiegend als Abgrenzungskriterium herangezogen, vgl. Benisch im GemK § 38 a Anm. 41; Schricker aaO S. 530; ebenso das BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26.

gebotenen Interessenausgleichs erschöpft sich dann aber die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde; sie darf kein eigenes (unternehmerisches) Ermessen anstelle des preisempfehlenden Unternehmens ausüben¹⁶⁰⁾. Die hier der Mißbrauchsaufsicht gesetzten Grenzen entsprechen denen in § 26 Abs. 2. Inso- weit kann diese Parallele gezogen werden, auch wenn die Nr. 4 nicht als ein Diskriminierungstatbestand aufgefaßt werden darf. Denn nicht an den Erfolg der Nichtbelieferung wird der Maßstab der sachlichen Rechtfertigung gelegt, sondern an die Vertriebsregelung oder sonstige Maßnahme, die zu diesem Erfolg führt¹⁶¹⁾.

Als sachlich gerechtfertigt ist demnach jeder Grund anzu- sehen, der auf vernünftigen betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Überlegungen beruht¹⁶²⁾. An Beispielen für und gegen sachlich gerechtfertigte Gründe ist in dem zu § 26 Abs. 2 vorliegenden Schrifttum eine fast unüberschau- bare Zahl gebildet worden. Der Bericht des Wirtschaftsaus- schusses¹⁶³⁾ erwähnt zu § 38 a nur drei ihm wichtig erschei- nende und erfahrungsgemäß häufige Fälle, nämlich die Unter- bindung von Lockvogelverkäufen, die Sicherung eines notwen- digen Kundendienstes sowie die sachkundige Beratung; im übrigen verweist er selbst auf § 26 Abs. 2. Ein Unterschied zu diesem Diskriminierungstatbestand zeigt sich allerdings darin, daß dort das Erfordernis der sachlichen Rechtferti- gung allein zu Maßnahmen der unterschiedlichen Behandlung in Beziehung gesetzt wird. Der vierte Beispieltatbestand des § 38 a dagegen regelt die Mißbrauchsaufsicht über Preis- empfehlungen, deren Angriffspunkt die Kombination mit anderen Wettbewerbsmitteln darstellt. In dieser Kombination muß also

160) Benisch im GemK § 26 Abs. 2 Anm. 40 m. w. N.

161) So schon für § 26 Abs. 2 Benisch im GemK § 26 Abs. 2 Anm. 40; Frankf. Komm. § 26 Tz. 75. Übereinstimmend zu § 38 a BReg Erfahrungsbericht S. 26.

162) KG WuW/E OLG 259 (zu § 26 Abs. 2).

163) Ausschlußbericht S. 12.

der in Anspruch genommene sachlich gerechtfertigte Grund Bestand haben. Der Unterschied wird in dieser methodischen Schärfe aber erst akut, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund, der bei der Vertriebsregelung isoliert gesehen noch vorhanden ist, unter zusätzlicher Verwendung von Preisempfehlungen entfällt, so z. B. wenn bei einer sachlich gerechtfertigten Selektion der belieferte Abnehmerkreis nur deshalb, weil Preisempfehlungen ausgesprochen werden, einheitlichere Preise nimmt, als dies ohne Empfehlungen der Fall wäre, und dadurch ein höherer durchschnittlicher Wiederverkaufspreis erzielt wird. Es wäre demnach falsch, einen aus der Praxis zu § 26 Abs. 2 bezogenen Rechtfertigungsgrund wegen seiner Anerkennung im Diskriminierungsrecht unbeschauen auf die Nr. 4 übertragen zu wollen.

4. Das Verhältnis der Nr. 4 zu den §§ 18 und 26 allgemein

Wenngleich sich der heranzuziehende Rechtfertigungsgrund auf die Kombination von Preisempfehlungen mit Vertriebsregelungen usw. zu beziehen hat, zielt die Mißbrauchsverfügung aufgrund der Nr. 4 allein gegen die Preisempfehlung; die diskriminierende Maßnahme als solche kann nach dieser Vorschrift jedenfalls nicht unmittelbar angegriffen werden¹⁶⁴⁾. Dies ist nur im Falle von Vertriebsbindungen über § 18 Abs. 1 Nr. 3 oder sonst nach § 26 Abs. 2 möglich. Geht es um die Eliminierung dieser Verhaltensweisen oder Vertragsbeziehungen, müssen die in diesen Vorschriften genannten Voraussetzungen, die enger sind als die für die Unzulässigerklärung der Preisempfehlung nach Nr. 4 erforderlichen, erfüllt sein. Im Falle des § 26 Abs. 2 hatte die bis zur 2. GWB-Novelle bestehende Rechtslage eine Verfügung der Kartellbehörde innerhalb eines Verwaltungsverfahrens nicht vorgesehen. Die Aufsicht über Diskriminierungen mußte sich daher mit formlosen Abmahnungen vor der Einleitung eines

164) Benisch im GemK § 38 a Anm. 53; ebenso BReg Erfahrungsbericht S. 10 und BKartA Anlage 1 hierzu S. 26.

Bußgeldverfahrens nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 begnügen. Nunmehr werden Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot im Unter-sagungsverfahren nach § 37 a Abs. 2 erfaßt.

Faktisch besitzt die Kartellbehörde dennoch die Möglichkeit, im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preis-empfehlungen die Aufhebung einer Vertriebsregelung oder sonstigen Maßnahme zu bewirken, indem sie den Preisempfeh-ler nach Abs. 5 abmahnt. Hier bleibt es dem Hersteller in freier Entscheidung überlassen, entweder die konkrete Preis-empfehlung beizubehalten und die Vertriebsregelung aufzu-geben oder umgekehrt¹⁶⁵⁾. In der Praxis wird diese Wahlmög-lichkeit aber nur bedeutsam, wenn sich der festgestellte Mißbrauch durch Verzicht auf die Preisempfehlung oder auch nur durch Veränderung des empfohlenen Preises beseitigen läßt. Sie scheidet dagegen aus, wenn ein mißbräuchliches Verhalten auch bei einem Verzicht auf Preisempfehlungen unverändert andauerte und folglich allein der Vertriebs-regelung zuzuordnen wäre. In diesen Fällen darf die Preis-empfehlung nicht mit den Aufsichtsmaßnahmen des § 38 a an-gegriffen werden¹⁶⁶⁾. Nur wenn diejenigen Maßnahmen, die sich mit Preisempfehlungen kombiniert als mißbräuchlich darstellen, für sich allein kartellrechtlich durch keine andere Vorschrift erfaßt werden können, findet die Nr. 4 uneingeschränkt Anwendung.

IV. Der Mißbrauchsfall der Verteuerung

(§ 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1)

1. Der Anwendungsbereich des Verteuerungsfalls

a) Das Preisbindungsrecht war von dem Grundsatz der Lücken-losigkeit beherrscht. Danach galt die Aufrechterhaltung

165) Gutzler WRP 1973, 568; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 446.

166) Vorsichtiger drückt dies Völp WRP 1973, 565 aus:
"gesamtwirtschaftlich wenig sinnvoll."

einer Preisbindung als mißbräuchlich, wenn Abnehmer in nennenswerter Anzahl den gebundenen Preis unterschritten. Die analoge Anwendung der Mißbrauchsvorschrift des § 17 a. F. auf Preisempfehlungen aufgrund der bis 1973 bestehenden Rechtslage hatte sich zu vergegenwärtigen, daß Empfehlungen begrifflich unverbindlich waren und Abweichungen vom empfohlenen Preis deshalb der Erwartung der Marktbeteiligten entsprachen. Andererseits wurde, solange die Preisbindung noch zulässig war, eine weitgehend befolgte Preisempfehlung nicht als nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a. F. mißbräuchlich angesehen, weil sie ja dem tatsächlichen Preis entsprach und in ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung immer noch hinter die Preisbindung zurücktrat¹⁶⁷⁾. Mit dem Preisbindungsverbot hat hier eine offensichtlich andere Wertung eingesetzt. Die weitgehend befolgte Preisempfehlung gewinnt nunmehr den Charakter einer Umgehung dieses Verbots und läßt sich als ein Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot würdigen. Diese Umorientierung kommt, wie nachfolgend dargelegt wird, in § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 zum Ausdruck. Nach dieser Vorschrift ist die Preisempfehlung mißbräuchlich, wenn "die Empfehlung allein oder in Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken". Man erkennt, daß dieser Mißbrauchsfall nahezu wörtlich - im wesentlichen wurde nur "Preisbindung" durch "Empfehlung" ersetzt - dem § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a. F. nachgebildet ist. Die bisherige entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf Preisempfehlungen scheint daher ohne weiteres Grundlage der beabsichtigten Anknüpfung an den seitherigen Rechtszustand¹⁶⁸⁾ werden zu können¹⁶⁹⁾.

167) Schwartz im GemK 3. Aufl. 2. Lfg. § 17 Anm. 64.

168) Ausschlußbericht S. 11.

169) Dies halten uneingeschränkt für möglich Frankf. Komm. § 38 a Tz. 1 (Erg.Lfg. 1975); Völp WRP 1973, 564.

Diese Annahme erweist sich jedoch aus mehreren Gründen als unzutreffend. Die wesentliche Abweichung im Verständnis ergibt sich aus der Eigenart der Preisempfehlung, welche die Vorschrift des § 38 a allein zum Gegenstand hat. Der Wortlaut des § 17 a. F. war in der Intention des Gesetzgebers von 1957 nur auf Preisbindungen zugeschnitten gewesen. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf Preisempfehlungen, wie sie von der Rechtsprechung durch das "4711"-Urteil ermöglicht worden war, hatte die zwischen den beiden Wettbewerbsinstrumenten bestehenden Unterschiede zu berücksichtigen¹⁷⁰⁾. Bei der Preisbindung konnte die Eignung zur Verteuerung insbesondere nach Einführung der Legalvermutung des § 17 Abs. 1 Satz 2 a. F. mit den Indizien der Lückenhaftigkeit und der Preisspaltung¹⁷¹⁾ plastisch begründet werden. Bei der Preisempfehlung konnte eine "Lückenhaftigkeit" schon aufgrund der ihr eigenen Unverbindlichkeit nicht Mißbrauchsgrund sein, eine Verteuerungseignung aus diesem Merkmal also nicht hergeleitet werden. Unter Zuhilfenahme der Vermutung des § 17 Abs. 1 Satz 2 a. F. konnte eine Eignung zur Verteuerung nur dann angenommen werden, wenn die Preisempfehlung in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten wurde. In allen anderen denkbaren Fällen der früheren Nr. 3 des § 17 Abs. 1 Satz 1 a. F. konnte auf die Vermutung nicht zurückgegriffen werden. Bei einer weitgehend befolgten Preisempfehlung schien die gesetzliche Vermutung sogar eher gegen eine Verteuerungseignung zu sprechen, so daß deren Vorliegen dann allenfalls mit der fehlenden Voraussetzung eines wirksamen Preiswettbewerbs begründet werden konnte.

Die 2. GWB-Novelle hat mit dem Preisbindungsverbot die Rechtslage grundlegend verändert. Neben die erheblichen Unterschreitungen von Preisempfehlungen, die schon bisher den Verdacht

170) Frankf. Komm. Anh. zu § 17 Tz. 3.

171) Begriffe von Schwartz im GemK § 17 Anm. 45.

eines Mißbrauchs erregen konnten, sind jetzt die bindings-
ähnlichen Wirkungen als Mißbrauchsgrund getreten; dies zeigt
der Tatbestand des § 38 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 und bestätigt
die Begründung des Wirtschaftsausschusses¹⁷²⁾. Die Gefahr
eines Vorwurfs der mißbräuchlichen Verteuerung kommt nun
von beiden Seiten, der Unterschreitung wie der Befolgung,
auf das preisempfehlende Unternehmen zu.

b) Die veränderte Rechtslage belegt ein weiterer Anhalts-
punkt. Die durch die 1. GWB-Novelle von 1965¹⁷³⁾ eingefügte
Vermutung des § 17 Abs. 1 Satz 2 a. F.

"Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des
Satzes 1 Nr. 3 vorliegen, wenn die gebundenen
Preise auf dem gesamten Markt oder auf einem
Teil des Marktes in einer erheblichen Zahl von
Fällen unterschritten werden oder wenn dieselbe
Ware des preisbindenden Unternehmens teils zu
den gebundenen Preisen, teils ohne oder unter
anderen Firmen-, Wort- oder Bildzeichen zu er-
heblich niedrigeren Preisen angeboten wird."

ist aus dem neu gefaßten § 17 verschwunden und auch in § 38 a
Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 nicht enthalten. Diese Vermutung sollte
ursprünglich der Kartellbehörde aus den Schwierigkeiten her-
aushelfen, die Verteuerungseignung darzutun und zu bewei-
sen¹⁷⁴⁾. Mit der 2. GWB-Novelle war die Vermutung in § 17
offenbar entbehrlich geworden, da der Verteuerungsfall bei
Verlagserzeugnissen, auf die sich nun der Anwendungsbereich
der §§ 16 f. beschränkt, schon bisher keine Rolle gespielt
hatte¹⁷⁵⁾. In § 38 a hatte sich eine solche Vermutung - ggf.
wieder als Verweisungsnorm zum Beispielfall der Nr. 1 - eben-
falls erübrigt: die Unterschreitung in einer erheblichen
Zahl von Fällen hat nunmehr in dem Mißbrauchstatbestand

172) Ausschlußbericht S. 11.

173) BGBI. I S. 1363.

174) Schwartz im GemK § 17 Anm. 45; Langen 4. Aufl. § 17
Anm. 25.

175) Ausweislich der Tätigkeitsberichte des BKartA ist in
bezug auf Verlagserzeugnisse keine Amtspraxis zu § 17
Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a. F. festzustellen.

Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ihre eigene Regelung gefunden¹⁷⁶⁾. Damit hat sich das Anwendungsfeld der Nr. 1 insgesamt verschoben: ihre Hauptstoßrichtung bilden nun die Fälle der befolgten, bindungsähnlichen und deswegen verteuernenden Preisempfehlung¹⁷⁷⁾. Erste Kommentierungen zu § 38 a hatten, sofern sie nicht der Nr. 1 überhaupt jede praktische Bedeutung absprachen¹⁷⁸⁾, ihr zutreffend diese Rolle zugedacht¹⁷⁹⁾. Ebenso hat sich die bisherige Praxis des Bundeskartellamts bei der Anwendung der Nr. 1 auf die Fälle einer bindungsähnlichen Befolgungstendenz konzentriert¹⁸⁰⁾.

Der zweite Vermutungstatbestand, schlagwortartig als Preis-spaltung oder zweigleisiger Vertrieb bezeichnet, findet sich - anders als die Unterschreitung - nicht in dem Beispielkatalog des § 38 a Abs. 3 Satz 2. Er lasse sich, die jeweiligen Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt, auch im Empfehlungsrecht weiterhin als ein Vertueuerungsfall nach Nr. 1 beurteilen¹⁸¹⁾. Im Hinblick auf die vor dem Preisbindungsverbot bestehende Rechtslage hätte dies auch nahegelegen. Bei § 38 a ist aber zu überlegen, ob eine solche generelle Zuordnung noch der Funktion eines Beispielfalls als Spezifikation einer Generalklausel gerecht werden kann. Daß dies fraglich erscheinen muß, erhellt aus der systematischen Stellung der Nr. 1 im Vergleich zum früheren Rechtszustand.

176) Benisch im GemK § 38 a Anm. 39; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 92; Kazmeyer Referat 1973 S. 110; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 439.

177) Gutzler WRP 1973, 568; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 441. Benisch im GemK § 38 a Anm. 39 sieht dagegen eine "wesentliche Übereinstimmung im Anwendungsbereich".

178) Martino MA 1973, 387; Völp WRP 1973, 564.

179) Gutzler aaO S. 568; Benisch GRUR 1975, 53.

180) BKartA Tätigkeitsbericht 1974, 70 f.; 1975, 24.

181) Dies muß auch für den Fall gelten, daß im Geltungsbereich des GWB mehrere Preisempfehlungen von derselben Person für ein und dieselbe Ware ausgesprochen werden. Diese sind nicht bereits aufgrund der Abs. 1 und 2 unzulässig (anders Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 9). Nach der Systematik des § 38 a sind die Freistellungsvoraussetzungen abschließend, so daß sich eine Korrektur auf der Ebene der Mißbrauchsaufsicht vollziehen muß.

Der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 a. F. hatte zu verschiedenen Ansichten über die Qualifizierung der Nr. 1 - 3 geführt. Die im Schrifttum überwiegend vertretene Meinung¹⁸²⁾ sah in der Aufzählung des Satzes 1 verschiedene nicht dekungs-gleiche Aspekte eines allgemeinen Mißbrauchs enthalten; danach steigerte sich ein Fall der Nr. 3 dann zu einer qualifizierten mißbräuchlichen Handhabung nach Nr. 2, wenn sich zwischen dem Erfolg der Preisbindung bzw. -empfehlung und der durch sie hervorgerufenen Beeinträchtigung fremder Interessen ein Mißverhältnis herausgebildet hatte¹⁸³⁾. Die Gegenansicht¹⁸⁴⁾ erkannte in der Nr. 2 zwar ebenfalls und insoweit übereinstimmend eine Generalmißbrauchsklausel¹⁸⁵⁾, die aber in der Nr. 3 nur eine spezielle Ausnahmeregelung gefunden habe. Danach wäre von einem insgesamt identischen Mißbrauchs-begriff in § 17 Abs. 1 Satz 1 a. F. auszugehen gewesen. Der Gesetzgeber hat diese für die Praxis kaum erhebliche Kontroverse für das Preisempfehlungsrecht durch eine eindeutige Klärung in § 38 a beendet: er will den Verteuerungsfall als Mißbrauch (der Freistellung vom Empfehlungsverbot) verstanden und verfolgt wissen, und zwar als besondere tatbestandliche Ausformung eines allgemeinen durch die Generalklausel des Abs. 3 Satz 1 normierten Mißbrauchs.

Unter diesen Voraussetzungen erscheint es systematisch nicht gerechtfertigt, die Nr. 1 zu einer Art Auffangtatbestand für den verteuernden zweigleisigen Vertrieb und andere Sachverhalte auszubilden¹⁸⁶⁾. Diese Funktion soll die Generalklausel des Satzes 1 übernehmen¹⁸⁷⁾. Für die Preisspaltung erscheint der Rückgriff auf die Generalklausel auch insofern zweckmäßiger¹⁸⁸⁾, als sie neben der Verteuerung durchaus

182) Schwartz im GemK § 17 Anm. 44; Langen 4. Aufl. § 17 Anm. 10; Müller/Giessler 2. Aufl. § 17 Anm. 2.

183) Frankf. Komm. § 17 Tz. 15.

184) Bundeskartellamt WuW/E BKartA 498 ("Kindernährmittel").

185) Begriff von Schwartz im GemK § 17 Anm. 17.

186) Diese Vorstellung dürfte aber Belke ZHR Band 138 (1974) S. 441 vorgeschwebt haben.

187) Kazmeyer Referat 1973 S. 103.

188) Kazmeyer aaO; a. M. Belke ZHR Band 138 (1974) S. 441 f.

weitere Aspekte eines Mißbrauchs der Freistellung vom Empfehlungsverbot (etwa den der Täuschung) aufzuweisen vermag¹⁸⁹). Den hier denkbaren komplexen Mißbräuchen kann die Generalklausel eher gerecht werden als eine gezwungen erscheinende Summierung von Beispielfällen¹⁹⁰). Im Einzelfall kann sogar zu erwägen sein, daß regional unterschiedliche Preise (ob empfohlen oder als Abgabepreise) zur Anpassung an sich regional verschieden einpendelnde Marktpreise erforderlich sind, gerade um dem Mißbrauchsvorwurf zu begegnen¹⁹¹).

c) Wenn bisher bei der von ihren tatbestandlichen Alternativen her viel weiteren Nr. 1 vom Verteuerungsfall gesprochen worden ist, so gibt diese in Übereinstimmung mit dem Schrifttum gewählte Bezeichnung zutreffend den Schwerpunkt im Anwendungsbereich wieder, wie er schon bei der Nr. 3 des § 17 Abs. 1 Satz 1 a. F. zutagegetreten war. Die Tatbestände der Erzeugungs- und Absatzbeschränkung hatten dort keine praktische Bedeutung erlangen können 192). Die Gefahr einer Angebotsverknappung durch Produktionsdrosselung ist in der marktwirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik jedenfalls bei Markenartikeln des Konsumgütermarkts bisher noch nicht akut geworden; eine Unterversorgung des Markts 193) infolge quantitativ selektierenden Vertriebs oder ähnlicher Beschränkungen des Effektivabsatzes wird in der Praxis angesichts der zunehmenden Mobilität der Verbraucher kaum zum Tragen kommen. Die in jedem Fall mindestens erforderliche Mitursächlichkeit der Preisempfehlung, die vorgenannten abträglichen Marktfolgen herbeizuführen, wäre nur schwierig zu beweisen. Im Hinblick darauf können diese beiden Tatbestände hier vernachlässigt werden. Die verbleibenden Alternativen der "Verteuerung der Waren" und der "Verhinderung des Sinkens der Preise" lassen sich gemeinsam mit dem Ausdruck "Verteuerungsfall" umschreiben, da die letztere nur einen Unterfall der Verteuerung bildet 194).

189) Kritisch schon zur Systematik des früheren Rechtszustands Schwartz im GemK § 17 Anm. 24, der die Preisspaltung als "systembedingte mißbräuchliche Handhabung" bezeichnet und ihre Einordnung für verfehlt hält (aaO Anm. 26 und 45).

190) Diesen Standpunkt nimmt auch das BKartA ein, vgl. Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 27.

191) So auch Benisch im GemK § 38 a Anm. 31 und 44.

192) Dazu Benisch im GemK § 38 a Anm. 46.

193) Das Bundeskartellamt (WuW/E BKartA 497 "Kindernährmittel") hatte den weiten Begriff der Absatzbeschränkung zu Recht anhand dieses Kriteriums eingeengt. Ebenso jetzt Benisch im GemK § 38 a Anm. 46; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 76.

2. Das Tatbestandsmerkmal der "Eignung" zu abträglichen Marktfolgen

Wie schon bisher in § 17 a. F., begnügt sich das Gesetz nicht damit, die Mißbrauchsaufsicht erst nach dem Eintritt schädlicher Marktverfälschungen eingreifen zu lassen, vielmehr soll die Kartellbehörde präventiv tätig werden können¹⁹⁵). Der Mißbrauchsvorwurf wird somit zeitlich gesehen vor den Eintritt irgendeiner Empfehlungswirkung vorverlagert. Die sogenannten Brotfälle gaben dem Bundeskartellamt¹⁹⁶) sowie dem Kammergericht¹⁹⁷) Gelegenheit, zu der für das Tatbestandsmerkmal "Eignung" in Nr. 1 notwendigen Kausalität Stellung zu beziehen.

Das Bundeskartellamt hatte gegen eine Reihe von Backwarenherstellern Mißbrauchsverfügungen mit der Begründung erlassen, die von diesen Herstellern dem Handel (darunter marktstarke Filialketten) eingeräumten Spannen seien angesichts der von den Herstellern selbst erfüllten Handelsfunktionen (Auszeichnung der Ware, Regalpflege, sog. Frischdienst mit Rezepten) überhöht und besäßen deshalb eine Verteuerungseignung. Die insgesamt über 100 untersuchten Fälle hatten gemeinsam, daß ein nachfragemächtiger Lebensmittel-Einzelhandel wie durch eine Art stillen Konsensus¹⁹⁸) in der Lage war, diese Handelsfunktionen den überwiegend mittelständischen Herstellern der Backwaren zu überantworten. Die daraus resultierende stärkere Kostenbelastung der Hersteller

195) Bundeskartellamt WKM/E Skarta 1545 ("Brotindustrie") unter Hinweis auf den Beschluß des Kammergerichts vom 31. Oktober 1967 ("Elida"), Kart. V 24/67. Ebenso Benisch im GemK § 38 a Anm. 40.

196) Die Erfahrungen in der Praxis zeigen freilich, daß die Einleitung von Mißbrauchsverfahren in aller Regel auf Marktbeobachtungen von bereits gehandhabten Empfehlungswirkungen beruhen, vgl. dazu Skarta Tätigkeitsberichte 1974 S. 19, 1975 S. 26, 1976 S. 35.

197) WKM/E Skarta 1545 ("Brotindustrie").

198) WKM/E OLS 1561 ("Brotindustrie").

199) WKM/E Skarta 1545, 1546, Schultes Verbraucherdienst 1976, 98.

mußte sich in höheren Abgabepreisen niederschlagen. Zugleich setzte aber der Handel durch, daß in den ausgesprochenen Preisempfehlungen Spannen enthalten waren, die mit 23 % regelmäßig noch über der durchschnittlichen Betriebshandels-spanne des Lebensmittel-Einzelhandels (ca. 17 %) lagen.

Bei diesem Sachverhalt bejahte das Bundeskartellamt eine Verteuerungseignung aufgrund des Zusammentreffens mehrerer Umstände: erstens der Neigung des Handels, bei Brot- und Backwaren den empfohlenen Preis unverändert zu übernehmen; zweitens der praktischen Unmöglichkeit, das Nachfrageverhalten der Verbraucher zu verändern und Unterschreitungen von dieser Seite durchzusetzen; drittens der Erwartung differenzierterer Endverbraucherpreise im Falle des Nichtvorhandenseins von Preisempfehlungen; viertens schließlich der Marktrelevanz aller dieser Faktoren im Zusammenwirken der preisempfehlenden Wettbewerber. Das Kammergericht¹⁹⁹⁾ schloß sich dieser Argumentation grundsätzlich an. Zu einem anderen Ergebnis als das Bundeskartellamt gelangte es nur bei einem der betroffenen Hersteller, dessen Preisempfehlungen wegen mangelnder tatsächlicher Verteuerungseignung nicht beanstandet werden konnten²⁰⁰⁾; hier stellte das Kammergericht einen allgemeinen Richtwert für die Anwendung der Nr. 1 auf und entschied, daß eine "Eignung" erst dann angenommen werden könne, wenn 40 - 50 % des Gesamtumsatzes mit überhöhten Handelsspannen vertrieben werden²⁰¹⁾.

3. Das Tatbestandsmerkmal der "Verteuerung"

a) Bei der Frage, nach welchen Maßstäben bei der Prüfung der Voraussetzungen der Nr. 1 eine gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Verteuerung zu beurteilen ist, bietet sich als Ausgangspunkt die Praxis des Bundeskartellamts zu § 17

199) WuW/E OLG 1561 ("Brotindustrie").

200) WuW/E OLG 1596 ("Dauerbackwaren").

201) aaO 1598 unter Hinweis auf BGH WuW/E 975 (zum Mißbrauchsfall bei einer Preisbindung).

Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a. F. an. Das Bundeskartellamt hatte zunächst die sog. Marktpreistheorie entwickelt²⁰²⁾, die auf einem Vergleich des gebundenen (bzw. empfohlenen) Preises mit entweder dem tatsächlichen, beispielsweise vor dem Bestehen der Preisbindung oder -empfehlung vorhandenen Marktpreis oder dem hypothetischen Marktpreis, wie er sich ohne Preisbindung oder -empfehlung gebildet hätte, beruht. Diese Theorie hat beim Kammergericht und der überwiegenden Literaturmeinung keine Gefolgschaft gefunden²⁰³⁾. Aus den qualifizierenden Eigenschaften des Markenartikels wurde das Erfordernis eines Verteuerungszuschlags auf den zum Vergleich herangezogenen Marktpreis hergeleitet, um damit eine für alle Handelsformen auskömmliche Spanne zu sichern und die besonderen Handelsfunktionen beim Markenartikelvertrieb zu gewährleisten. Mit Rücksicht auf diese Einwände hat sich das Bundeskartellamt ab 1963²⁰⁴⁾ der Methode der Spannenüberprüfung zugewandt. Hier ist die Handelsspanne als die Differenz zwischen dem Nettoabgabepreis und dem gebundenen oder empfohlenen Preis Gegenstand der Untersuchung. Allerdings vermag die absolute Höhe dieser Spanne allein noch nicht die Annahme eines Mißbrauchs zu rechtfertigen; den Vorwurf der Verteuerung stützt das Bundeskartellamt deshalb entweder auf eine ungerechtfertigte Überschreitung der jeweils einschlägigen durchschnittlichen Betriebshandelsspanne (des Einzelhandels, des Großhandels oder beider Stufen)²⁰⁵⁾ oder auf eine Rabattdiskriminierung einzelner Handelsstufen²⁰⁶⁾. Es wandte dieses Verfahren zur Bestimmung mißbräuchlicher verteuernder Handelsspannen insbesondere aus

202) WuW/E BKartA 355 ("53-cm-Fernsehgeräte").

203) KG WuW/E OLG 737 ("Großgebäude III"); BGH WuW/E 857 ("Großgebäude IV"); BGH WuW/E 975 ("Zahncrème"); Frankf. Komm. § 17 Tz. 52 f.; Schwartz im GemK § 17 Anm. 47; Ulmer/Reimer Nr. 963.
Für die Marktpreistheorie: Müller/Giessler 2. Aufl. § 17 Anm. 25.

204) WuW/E BKartA 725 ("Grobwaschmittel").

205) WuW/E BKartA 1320 ("Mariacron").

206) WuW/E BKartA 823 ("Doornkaat"); 1311 ("Alleskleber").

Zeit- und Kostengründen an. Nur ausnahmsweise wurden sog. marktbezogene Spannenvergleiche²⁰⁷⁾, bei denen der Maßstab von einem anderen relevanten Markt oder einem anderen Zeitraum bezogen wird, angestellt²⁰⁸⁾.

b) Mit der oben aufgezeigten Verlagerung des Anwendungsbereichs der Nr. 1 gegenüber dem Rechtszustand unter § 17 a. F. kommt der Methode der Spannenüberprüfung insofern eine zusätzliche Bedeutung zu, als in den Fällen der weitgehend befolgten Preisempfehlung das Korrektiv der Unterschreitung, welches zum Vergleichsmaßstab des tatsächlich niedrigeren Marktpreises führt, fehlt. Dieser Maßstab ist jetzt im Tatbestand der Nr. 3 enthalten, so daß dort die den gebotenen Verteuerungszuschlag ("erheblich") berücksichtigende abgewandelte Marktpreistheorie ihren Niederschlag gefunden hat²⁰⁹⁾. Der befolgten und aus diesem Grund verteuernden Preisempfehlung könnte auch eine derart modifizierte Marktpreistheorie nur mühsam begegnen, da sie auf eine Ermittlung des hypothetischen Marktpreises angewiesen wäre, mit allen sich daraus ergebenden - insbesondere beweisrechtlichen - Schwierigkeiten. Auch kann im allgemeinen nicht schon auf der Freistellungsstufe mit dem Argument des fehlenden Preiswettbewerbs²¹⁰⁾ durch Verhängung von Bußgeldern gegen solche Preisempfehlungen vorgegangen werden, da das Bestehen von Preiswettbewerb keinen dynamischen Prozeß im Markt voraussetzt, vielmehr gerade ein latenter scharfer Preiswettbewerb zu einer Erstarrung im Preisgefüge führen kann²¹¹⁾.

207) Zu diesem Begriff und zur Amtspraxis ausführlich Belke ZHR Band 138 (1974) S. 438 ff.

208) WuW/E BKartA 735 ("Dixan").

209) Belke ZHR Band 138 (1974) S. 439; a. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 42.

210) Das Bundeskartellamt WuW/E BKartA 1545, 1549 läßt diese Frage ausdrücklich dahingestellt, was in systematischer Hinsicht und in Anbetracht der unterschiedlichen Sanktionen für ordnungswidrige und mißbräuchliche Preisempfehlungen bedenklich erscheinen muß.

211) Benisch im GemK § 38 a Anm. 26. So schon der Bundesgerichtshof BGHZ 53, 298 ("Tennisbälle").

Auch ein marktbezogener Spannenvergleich wird sich bei befolgten Preisempfehlungen als wenig praktikabel erweisen; diese Erscheinungsform rührt aus branchen- oder sogar warenbedingten Umständen und tritt kaum einmal regional beschränkt auf. Die Zulässigkeit der Heranziehung vergleichbarer Konkurrenzware im Rahmen eines solchen Spannenvergleichs ist stark umstritten²¹²⁾. Die ablehnende Meinung will diese Möglichkeit auf die Feststellung des Preiswettbewerbs beschränkt wissen. Dieser Auffassung wird jedenfalls bei der Nr. 1 zu folgen sein, weil mit den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen ein umfassenderer Maßstab angesprochen ist als ein unmittelbarer Spannenvergleich mit der Konkurrenzware. Das Bundeskartellamt hatte klar erkannt, daß sonst ein Mißbrauch im Einzelfall an einem branchenweiten Mißbrauch gemessen würde²¹³⁾. Als realistische Bezugsgröße bleibt daher nur die durchschnittliche Branchenspanne des für die Ware repräsentativen Abnehmerkreises²¹⁴⁾.

c) Allein diese hat auch das Bundeskartellamt in seiner Brotindustrie-Entscheidung²¹⁵⁾ als Beurteilungsmaßstab herangezogen. Daß die Durchschnittsspanne für Brot- und Backwaren einen untauglichen Maßstab bildete, konnte mit der branchenweit mißbräuchlichen Spannenbemessung einleuchtend begründet werden. Wenn sich die Untersuchung deshalb nicht auf die Branche beschränken durfte, mußte auf die Durchschnittsspanne des für die Belieferung mit Brot- und Backwaren repräsentativen Abnehmerkreises zurückgegriffen wer-

212) Bejahend Benisch im GemK § 38 a Anm. 42; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 439. Bisher ablehnend Frankf. Komm. § 17 Tz. 52 f.; Schwartz im GemK § 17 Anm. 47; Fikentscher, Die Preisbindung für Markenartikel im Blickwinkel der Mißbrauchsaufsicht. In: Wettbewerb als Aufgabe S. 257 ff.

213) WuW/E BKartA 1545, 1548.

214) Benisch im GemK § 38 a Anm. 43. So auch der Bundesgerichtshof WuW/E BGH 975 ("Zahncreme").

215) WuW/E BKartA 1545. Ebenso verfuhr das BKartA in den übrigen nach Nr. 1 eingeleiteten Mißbrauchsverfahren, vgl. Tätigkeitsbericht 1975 S. 24 f.

den. Zu dessen Ermittlung bezieht das Bundeskartellamt allerdings nur den Lebensmittel-Einzelhandel in seine Untersuchung ein, nicht die übrigen Abnehmergruppen. Diese Einschränkung wird damit begründet, daß in anderen Absatzbereichen eine zu unterschiedliche Kosten- und Gewinnsituation vorliege. Der Hinweis auf die dort wesentlich höhere Durchschnittsspanne läßt vermuten, daß das Bundeskartellamt insoweit den Vorwurf der Verteuerung nicht erheben mochte. Es wird damit als zulässig unterstellt, daß eine Überprüfung unter gesamtwirtschaftlichem Aspekt auch in Teilbereichen des jeweiligen Absatzmarkts erfolgen könne. Die Berechtigung eines solchen Verfahrens ergibt sich daraus, daß die zur Bestimmung der gesamtwirtschaftlich gerechtfertigten Spanne maßgebliche Kostensituation in denjenigen Vertriebskanälen festgestellt werden muß, über die der betroffene Markenartikel überwiegend abgesetzt wird. Eine an der Spanne gemessene Verteuerung hat dann unberücksichtigt zu bleiben, wenn der Anteil der betreffenden Abnehmergruppe am Gesamtumsatz nicht ins Gewicht fällt²¹⁶⁾. In den Brotfällen hatte nach Feststellung des Kammergerichts der Anteil des Lebensmittel-Einzelhandels 80 - 85 % des Gesamtumsatzes betragen²¹⁷⁾. Es war deshalb nicht zu beanstanden, umgekehrt nur die durchschnittliche Handelsspanne dieses Abnehmerkreises als Maßstab heranzuziehen.

Für die künftige Praxis haben die vom Bundeskartellamt herausgegriffenen Brotfälle in mehrfacher Hinsicht Maßstäbe gesetzt. Das Bundeskartellamt hat die schwerpunktmäßige Anwendbarkeit der Nr. 1 für eine auch in anderen Wirtschaftszweigen praktizierte Spielart der Preisempfehlung, die verteuernde befolgte Empfehlung, herausgestellt und damit das Instrumentarium der Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen vor allem

216) Belke ZHR Band 138 (1974) S. 440.

217) KG WuW/E OLG 1596, 1597 ("Dauerbackwaren").

gegenüber dem Anwendungsbereich der Nr. 3 anschaulich gegliedert. Den Markenartikelherstellern wurden die Notwendigkeit einer branchengerechten Spannengestaltung und das Risiko des Ausspruchs von Preisempfehlungen bei nachfragemächtigen Abnehmern vor Augen geführt.

4. Das Tatbestandsmerkmal "gesamtwirtschaftliche Verhältnisse"

Die sich an § 17 a. F. anlehrende Textfassung beruht wie jene Vorschrift auf dem Gedanken, daß eine Verteuerung durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse eine Rechtfertigung erfahren kann. Das Gesetz hat damit einen Maßstab gewählt, der über die individuelle (Kosten-, Absatz-, Wettbewerbs-) Situation des preisempfehlenden Unternehmens hinaus, aber auch über branchenspezifische Gegebenheiten hinaus die Interessen sämtlicher am Markenwarenabsatz Beteiligten, also einschließlich des Handels und der Verbraucher, abzuwägen hat²¹⁸⁾. Deshalb gehören die allgemein verbreiteten Absatzmittel wie z. B. die bestimmten Handelsunternehmen gewährten Funktionsrabatte oder die selektiven Vertriebsysteme in der Regel zu den gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten.

Die Aufmerksamkeit des Bundeskartellamts hat sich denjenigen überwiegend befolgten Preisempfehlungen zugewandt, deren Verteuerungseignung in einer gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Spannengestaltung durch den Hersteller zum Ausdruck gelangt. Die Brotfälle²¹⁹⁾ wurden zum Anlaß genommen, die Ansicht des Bundeskartellamts zur gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung in Nr. 1 zu entwickeln. Die Verteuerungseignung wird in dem Mißverhältnis zwischen dem empfohlenen Preis und dem Abgabepreis erkannt. Es war insofern ohne Einfluß, ob die Abgabepreise der Brothersteller unter betriebswirtschaftlichem Gesichtspunkt als vernünftig kalkuliert zugrundegelegt werden mußten. Eine Interessenabwägung mußte zwischen

218) Benisch im GemK § 38 a Anm. 48.

219) WuW/E BKartA 1545, 1551 ("Brotindustrie").

den Belangen der Hersteller, des Handels und der Verbraucher stattfinden. Das Bundeskartellamt hielt die Preisempfehlungen der Brothersteller für gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigt, weil sie nach seinen Feststellungen dazu dienen sollten, im Rahmen der Mischkalkulation eine Spannenverkürzung bei anderen Lebensmitteln, u. U. gleichfalls Grundnahrungsmitteln, zu ermöglichen²²⁰⁾. Die Entscheidung, über welche Waren eine knappe Spanne bei Teilsortimenten finanziert werden soll, müsse der Kalkulation des einzelnen Händlers und der Nachfrage durch den Verbraucher überlassen bleiben; es sei wettbewerbshinderlich, einen allgemeinen Verzicht auf Preisdruck auf bestimmte Waren - vor allem auf Grundnahrungsmittel wie Brot - festzuschreiben, da der Verbraucher keine Möglichkeit besitze, durch Ausnutzung etwa einer Standortkonkurrenz zu einem niedrigeren als dem - im Verhältnis irrealen - Marktpreis einzukaufen. Auf lange Sicht wirkten solche Preisempfehlungen daher verteuernd. Spätere Beobachtungen haben diese Feststellung bestätigt: nachdem die Preisempfehlung branchenweit aufgegeben wurde, machte der Handel Markenbrot zunehmend zum Gegenstand von Sonderangeboten²²¹⁾.

5. Das Verhältnis der Nr. 1 (Verteuerung) zur Nr. 4 (Belieferungsausschluß)

Als im Rahmen der Nr. 1 kombinationsfähige Wettbewerbsbeschränkungen kommen unter anderem die Vertriebsregelungen und die "anderen Maßnahmen" der Nr. 4 in Betracht. Jedoch umfaßt die Nr. 1 mit ihrem Kriterium der Rechtfertigung durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse einen erheblich weiteren Anwendungsbereich als die Nr. 4 mit ihrem Erfordernis des "sachlich gerechtfertigten Grundes". Von daher ist zu überlegen, ob die Nr. 4 eine spezielle Norm für die Kombinationsfälle darstellt²²²⁾ und welche Folgerungen aus

220) aaO 1552.

221) BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26.

222) So Belke ZHR Band 138 (1974) S. 438 FN 86.

einer solchen Annahme zu ziehen wären. Für die Beurteilung des Verhältnisses beider Vorschriften zueinander eröffnen sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten: entweder sind die nach Nr. 4 sachlich gerechtfertigten Vertriebsbeschränkungen in der Weise Bestandteil der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse, daß sie ohne weiteres auch im Sinne der Nr. 1 ihre Rechtfertigung besitzen; oder aber der Begriff "sachlich" ist ausschließlich aus der Sicht des Herstellers zu verstehen mit der Folge, daß eine danach gerechtfertigte, mit Vertriebsbeschränkungen verbundene Preisempfehlung jeweils einer Interessenabwägung mit den Belangen der übrigen Marktteilnehmer unter gesamtwirtschaftlichem Aspekt standhalten muß.

Aus dem Vorhandensein des Tatbestandsmerkmals "sachlich gerechtfertigter Grund" in Nr. 4 kann zwar geschlossen werden, daß der Gesetzgeber eine mit dem Belieferungsausschluß bestimmter Abnehmer zusammenhängende Verteuerungstendenz unter dieser Voraussetzung in Kauf genommen hatte. Die unter der Nr. 4 vorgenommene Wertung kommt aber allein aufgrund einer Interessenabwägung zwischen Hersteller und Handel zustande; die Belange anderer Marktteilnehmer, vor allem also der Verbraucher, erfahren insoweit keine Berücksichtigung. Dies schließt deshalb nicht aus, daß eine nach Nr. 1 anzustellende - umfassendere - Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Belange aus anderen, nicht mit dem Belieferungsausschluß unmittelbar zusammenhängenden Gründen eine mißbräuchliche Preisempfehlung ergibt (z. B. weil ein Hersteller, der durchaus sachliche Gründe für seinen selektiven Vertrieb anzuführen imstande ist, überhöhte Rabatte ohne entsprechende Handelsleistungen gewährt). Hier darf die nach Nr. 4 nicht zu beanstandende Handhabung der Preisempfehlung einer Anwendbarkeit der Nr. 1 nicht entgegenstehen²²³⁾.

223) ebenso Benisch im GemK § 38 a Anm. 47; a. M. Belke ZHR Band 138 (1974) S. 442.

Die praktische Bedeutung des Verteuerungsfalls dürfte in der Kollisionszone beider Vorschriften ohnedies gering sein. Als empfehlungsbezogener Mißbrauchstatbestand setzt er den Nachweis voraus, daß sich ohne den Ausspruch der Empfehlung ein niedrigerer Marktpreis einpendeln würde. Die Erfahrung zeigt jedoch, daß die Erstarrungstendenz in weitaus stärkerem Maße auf den vertriebsbeschränkenden Maßnahmen beruht²²⁴⁾. Wenn auch die Mißbrauchsaufsicht gesamtwirtschaftlich sinnvoll und effektiv eingesetzt werden soll, sind in diesen Fällen die Vertriebsregelungen zum Objekt kartellbehördlicher Aufsichtsmaßnahmen zu machen.

3. Abschnitt

Der Tatbestand der Generalklausel

(§ 38 a Abs. 3 Satz 1)

I. Das Verhältnis der Generalklausel zu den vier Beispielfällen ("insbesondere")

1. Der Gesetzgeber hat bewußt nicht sämtliche denkbaren Fälle eines Mißbrauchs der Freistellung vom Empfehlungsverbot erschöpfend aufzuzählen versucht, auch wenn in dem Beispielskatalog des Satzes 2 die nach den seitherigen Erfahrungen häufigsten Sachverhalte erfaßt werden sollten²²⁵⁾. Die gesetzestechnische Funktion des Satzes 1 liegt in einem sämtliche Mißbräuche der Preisempfehlung abdeckenden Grundtatbestand, der die zugleich für die Beispielfälle maßgebliche Rechtsfolgenanordnungen der Unzulässigerklärung sowie des Verbots der Preisempfehlung enthält. Wie der oben untersuchte

224) Dies stellt die BReg Erfahrungsbericht S. 8 fest.

225) Ausschlußbericht S. 12.

Fall der Preisspaltung veranschaulicht, lassen sich auch Konstellationen eines mehrere Tatbestandsmodalitäten umfassenden Mißbrauchs vorstellen, denen eine Berufung auf die speziellen Mißbrauchsgründe des Satzes 2 nur unzulänglich gerecht würde. Wenn es in diesen und anderen Fällen angebracht erscheint, den Mißbrauchsvorwurf unmittelbar auf die Generalklausel zu stützen, stellt sich die Frage nach deren Verhältnis zu den Spezialtatbeständen.

Die diesen zugrundeliegenden Mißbrauchsfälle wären, ohne das Vorhandensein des Satzes 2, allesamt aufgrund der Generalklausel verfolgbar; wenn Satz 2 tatbestandliche Konkretisierungen der - nach Ansicht des Gesetzgebers - häufigsten Mißbrauchssachverhalte darstellt, verfolgt er in seiner Anwendung auf eine Vielzahl vergleichbarer Fallgestaltungen den Zweck, Rechtseinheitlichkeit und -sicherheit zu gewährleisten. Auf der einen Seite führt eine solche tatbestandliche Ausformung notwendigerweise zu einer Beschränkung des der Kartellbehörde zustehenden Ermessensspielraums; andererseits genügt auch zur Feststellung eines Mißbrauchs, das Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale zu prüfen. Vor allem deshalb stehen für die Aufsichtspraxis die Beispielfälle im Vordergrund, so daß die Generalklausel den Charakter eines Auffangtatbestands gewinnt.

2. Diese in Abs. 3 enthaltene Gesetzestechnik der Kombination einer Generalklausel mit einer Reihe exemplifizierender Mißbrauchsfälle führt zu drei Schlußfolgerungen.

a) Neben den vier Tatbeständen des Satzes 2 sind, da der Beispielskatalog keinen *numerus clausus* aufweist, weitere Mißbrauchsfälle möglich und denkbar²²⁶⁾. Diese können, in einem unten näher bestimmten Rahmen, durchaus einzelne Merkmale

226) Daß diese Feststellung praktisch werden kann, wurde vereinzelt bestritten, vgl. Gaedertz GRUR 1974, 605.

der normierten Tatbestände besitzen. Sie können gedanklich auch in der Summierung zweier oder mehrerer Beispielfälle erkannt werden, wenngleich hier die Kartellbehörde ihre Mißbrauchsverfügung aus praktischen Gründen auf diese letzteren stützen wird, gleich ob nebeneinander oder in einem Eventualverhältnis²²⁷⁾. Während sich in den Beispielfällen die Darlegungs- und Beweislast der Kartellbehörde auf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale beschränkt, verlangt die Berufung auf die Generalklausel eine eingehende und deshalb von der Untersuchung her zeitraubende Begründung, weshalb ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten als mißbräuchlich angesehen wird.

b) Die Prüfung nach einem der vier Beispielfälle wird jeweils unter einem besonderen, durch das Gesetz konkretisierten Mißbrauchsaspekt vorgenommen. Ergibt sie, daß insoweit kein Mißbrauch vorliegt, können die übrigen Beispielfälle untersucht werden, wobei möglicherweise ein anderes Ergebnis gefunden wird. Jedoch darf nicht das Resultat der einzelnen Mißbrauchsprüfung auf dem Umweg über die Generalklausel beseitigt werden²²⁸⁾. Die speziell normierten Tatbestände und ihre einzelnen Merkmale dürfen in ihrer Beziehung zur jeweiligen Modalität des Mißbrauchs nicht verändert werden. So ist die Feststellung eines Mißbrauchs in Täuschungsfällen an die Mehrheit der Empfehlungsempfänger, in Unterschreitungsfällen an die Mehrzahl dieser Fälle und die Erheblichkeit der Abweichungen, bei Belieferungsausschlüssen an die fehlende sachliche Rechtfertigung der mit Preisempfehlungen kombinierten Vertriebsregelungen als Tatbestandsmerkmale gebunden. Die Kartellbehörde und die Gerichte müssen den

227) Kazmeyer Referat 1973 S. 111.

228) Dies wurde bislang nur erkannt von Benisch im GemK § 38 a Anm. 55; ders. schon GRUR 1975, 54. Wie die Problematik verwischt werden kann, zeigt sich augenfällig bei Müller/Giessler § 38 a Anm. 34, wonach die Feststellung eines sonstigen Mißbrauchs möglich sei, wenn ein Beispieltatbestand nicht in allen seinen Voraussetzungen vorliege.

hier im einzelnen vom Gesetzgeber vorgegebenen Maßstab ihrer eigenen Würdigung zugrundelegen. Soweit in den Beispielfällen die mit der Neuregelung des § 38 a verfolgte Verschärfung gegenüber dem seitherigen Rechtszustand zum Ausdruck kommt, hat der Gesetzgeber zugleich die Grenzen einer verschärften Mißbrauchsaufsicht festgelegt, die nicht von den zur Rechtsanwendung berufenen Instanzen korrigiert werden dürfen. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit empfiehlt es sich deswegen, in eine Prüfung der Generalklausel erst subsidiär dann einzutreten, wenn eine kursorische Vorabwürdigung der vier Beispielfälle ergeben hat, daß der beurteilte Sachverhalt tatbestandlich von keinem dieser Mißbrauchsgesichtspunkte überhaupt berührt wird. Unter diesen Einschränkungen kann dann auch von einer Auffangfunktion der Generalklausel gesprochen werden.

Der Grund für die hier gezogene Einschränkung ist auch sprachlich den Worten "insbesondere, wenn" zu entnehmen. Die Feststellung eines Mißbrauchs durch die Erfüllung bestimmter Tatbestandsmerkmale eines der vier Beispielfälle führt umgekehrt zu dem Schluß, einen Mißbrauch unter den gesetzlich konkretisierten Gesichtspunkten bei nicht erfülltem Tatbestand zu verneinen. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der zu beurteilende Sachverhalt Elemente mehrerer Beispielfälle enthält, etwa wenn bei selektierendem Vertrieb in einer nur geringen Zahl von Fällen erhebliche Unterschreitungen vorkommen. Alle diejenigen Teilaspekte eines Mißbrauchs der Freistellung vom Empfehlungsverbot, die in einem der vier Beispielfälle ihre konkrete Ausformung erfahren haben, sind damit jeder weiteren Betrachtung im Rahmen der Generalklausel entzogen. Der inhaltliche Umfang der Generalklausel wird also von der Enumeration des Satzes 2 her negativ bestimmt; der gesetzlich konkretisierte Mißbrauchsaspekt entfaltet gegenüber einer Prüfung im Rahmen der Generalklausel eine Sperrwirkung.

c) Umgekehrt steckt die Generalklausel den Rahmen für den Anwendungsbereich des Satzes 2 ab. Dessen einzelne Fälle müssen deshalb immer und auch nur im Hinblick darauf untersucht werden, ob sich ein möglicher Mißbrauch gerade als ein Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot darstellt. Diese Beschränkung ist insbesondere geboten, soweit in den Nr. 1 und 4 andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen oder in der Nr. 2 andere Täuschungsfälle zur Beurteilung anstehen. Es wäre daher nicht zulässig, für den Mißbrauch in den Fällen des Satzes 2 ein anderes Bezugsobjekt als die Freistellung vom Empfehlungsverbot heranziehen zu wollen.

II. Das Tatbestandsmerkmal "Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art"

1. Einem Mißbrauch zugänglich sind der Gesetzesfassung des § 38 a zufolge (und damit anders als nach der seitherigen Rechtslage) nur solche Empfehlungen, welche die Freistellungsvoraussetzungen des Abs. 1 (und des Abs. 2, der sich auf "Markenwaren" bezieht) überhaupt erfüllen²²⁹⁾. Jedes Fehlen einer Freistellungsvoraussetzung ermöglicht die Einleitung eines Bußgeldverfahrens nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 oder 12 in Verbindung mit Abs. 4 sowie eines Untersagungsverfahrens nach § 37 a Abs. 2, hindert zugleich aber die Durchführung eines Mißbrauchsverfahrens in demselben Fall. Für diejenigen Sachverhalte, in denen neben einer mangelnden Freistellungsvoraussetzung zugleich ein objektiv tatbestandlicher Mißbrauchsgrund vorliegt, hat dies die Konsequenz, daß allein jener Mangel zum Gegenstand eines kartellbehördlichen Vorgehens gemacht werden darf, also im Bußgeld- oder Untersagungsverfahren²³⁰⁾.

229) Gleicher Ansicht Benisch im GemK § 38 a Anm. 63; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 103; undeutlich auch Müller/Giessler § 38 a Anm. 53; Kazmeyer Referat 1973

Es wird nun behauptet, im Regellebensverfahren aufgrund des dort vorgesehenen Opportunitätsprinzips im Wege einer Nichtverfolgung nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 den wirtschaftlichen Mangel als geheilt und damit die Preisempfehlung als freigestellt im Sinne des Abs. 1 anzusehen, um dadurch die Bahn für ein Wirtschaftswachstum freizuräumen. Ein derartiges Vorgehen müßte aus mehreren Gründen rechtlichen Bedenken begegnen. Die Verhängung einer Geldbuße stellt kein Verbot (ein solches kommt ja gerade als deren Voraussetzung) oder eine sonstige kartellrechtliche Verfügung nach sich; im Wiederholungsfall können deswegen - entgegen - immer nur neue Geldbußen verhängt werden. Bei Mißbräuchen kann dagegen schon im ersten Wiederholungsfall aufgrund des Abs. 6 eingegriffen werden mit der Folge, daß dem Hersteller die Beibehaltung des beschriebenen Preisempfehlungs insgesamt untersagt wird¹²¹⁾. In verfahrensmäßig Hinsicht, wenn auch nicht notwendig wirtschaftlich betrachtet, stellt sich das Betroffene vornehmlich damit schlechter als bei wiederholten Ahndungen durch Geldbußen. Außerdem wäre eine Tolerierung der Ordnungswidrigkeit nur im dem Zweck, statt dessen ein Mißbrauchsverfahren einzuleiten, kann mit Sinn und Zweck des § 47 OWiG verbunden. Der Betrieb als § 16 SGB eine rechtliche Beweismittelung des Betroffenen verfolgt. Andererseits kann nicht ausgeschlossen werden, daß es das preisempfehlende Unternehmen mit den Ideen eines als eine angeblich fehlende Preisempfehlungsvoraussetzung (also die mangelnde Erwartung notwendiger Sanktion) in der Hand haben könnte, mit den weiteren Stufen der Verhängung einer Geldbuße einem

§. 103; Ferner: MMR 1973, 707; ebenso das BKartA Merkblatt Januar 1976 Ziff. II.

§. 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

121) A. M. insoweit offenbar Karmeyer aaO S. 114.

122) Kritisch zur Praktizierung dieser Vorschrift durch das Kartellamt S. 114 ff. 115 ff., dagegen andererseits Beitzel im GemK § 46 a Anm. 24.

123) Diese Vorgehensweise hatte schon Karmeyer Referat 1972 S. 114 festgelegt. Die Bundesregierung beabsichtigt

Mißbrauchverfahren und damit dem möglichen generellen Empfehlungsverbot nach Abs. 6 zusammengefasst. In solchen Fällen muß in der Mißbrauchverfügung der Verstoß beiderseits des Vorhandenseins der Freistellungsveranlassungen ausdrücklich (und nicht nur konkludent wie im Regelfall) begründet werden. Denn der Kartellbehörde obliegt der Beweis aller Tatbestandsmerkmale²³³⁾, wozu im Falle des Abs. 6 auch die Freistellung vom Empfehlungsverbot zählt.

2. Die strenge Alternativität der Kartellverfahren müßte an sich auch für ein anstelle des Bußgeldverfahrens oder neben ihm eingeleitetes Unterbegriffsverfahren nach § 37 a Abs. 2 gelten, wie schon der Wortlaut dieser Vorschrift ("... ein Verhalten unterlegen, das nach den §§ 21, 26 und 30 Abs. 11 oder 12 verboten ist") nahelegt. Dieses ist aber, wie das Verfahren der Mißbrauchsaufsicht nach § 30 a Abs. 3, ein Verwaltungsverfahren gemäß den §§ 31 ff., man könnte deshalb daran denken, diese Verfahren, jedenfalls bis zu ein bestimmtes Stadium, zunächst gemeinsam durchzuführen²³⁴⁾. Ein Bedürfnis dafür kann in der Tat bestehen, wenn die Notungswidrigkeit der Preisempfehlung allein von vornherein festgestellt und verfolgt werden kann und die notwendige Weichenstellung zwischen den Verfahrenstypen erst im weiteren Verlauf der Ermittlungstätigkeit geboten erscheint. Nicht in Betracht kommt deshalb die Einleitung eines übergreifenden Verwaltungsverfahrens wohl in den Fällen eines mangelhaften Unverbindlichkeitsvermerks, der lediglich

ihn dadurch zu beseitigen, daß eine dem Abs. 6 entsprechende Regelung auch für Mängel bei der Freistellung aufgenommen werden soll, vgl. Erörterungserkennt S. 18 und RegE BR-Drucks. 231/78 S. 7 f.

233) Vgl. Junge im GemF § 30 Abs. 2; 76 WuW/E 206 1981, 1982 ("Haushaltsmargarine").

234) Diese Möglichkeit wurde zuerst von Kazmeyer Referat 1973 S. 114 angesprochen, wobei aber die durch Abs. 3 Satz 1 gebotene Konsequenz, die Verfügung bei Freistellungsmängeln nicht auf Mißbrauchsgünde zu stützen (wie sie von Kazmeyer selbst a.a.O. S. 106 erkannt wird), nicht deutlicher gemacht werden müssen.

Markenwareneigenschaft oder beim Empfehlungsausspruch für fremde Markenware²³⁵⁾. Gründlicherer Ermittlungen bedarf es dagegen für die Feststellung, ob überhöhte Handelsspannen auf Druckausübung oder einer Art stillschweigender Übereinkunft im Handel beruhen; ob ein Markenartikel nicht im Preiswettbewerb steht oder ein homogenes Preisniveau auf den Belieferungsausschluß preisaktiver Händler zurückzuführen ist; ob mehrheitliche Unterschreitungen von vorneherein erwartet worden oder erst durch veränderte Marktverhältnisse eingetreten sind. In allen diesen Fällen müssen Voruntersuchungen die Entscheidung vorbereiten, in welcher Verfahrensart und Form eine Maßnahme der Kartellbehörde zu ergehen hat. Dies kann in der Weise geschehen, daß die Entscheidung über die Art des Verfahrens und die die Untersuchungen vorerst abschließende Verfügung in einem Akt zusammenfallen. Ab diesem Zeitpunkt ist die Kartellbehörde auf die gewählte Verfahrensart beschränkt; verfolgt sie ordnungswidrige Preisempfehlungen im Untersagungsverfahren, bleibt für eine Mißbrauchsverfügung kein Raum.

3. Bis zur Entscheidung über die Verfahrensart wird in den genannten Fällen die Durchführung eines neutralen Vorverfahrens nicht beanstandet werden können. Die eigentliche Problematik dieser Untersuchungsmethode liegt woanders, nämlich bei einem Übergang von dem vorbereitenden, nicht förmlichen Verwaltungsverfahren zum Bußgeldverfahren im Hinblick auf die Reichweite der Verwertungsbefugnisse, die der Kartellbehörde in Anbetracht der nach § 46 erworbenen Erkenntnisse zustehen. Das Schrifttum hat zu dieser Frage kontrovers Stellung bezogen. Die eine Meinung²³⁶⁾ ging dahin, daß die

235) Das BKartA hielt in dem im Tätigkeitsbericht 1975 S. 68 dargestellten Fall Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 für anwendbar, obwohl eine Freistellung von § 38 Abs. 1 Nr. 12 gar nicht vorgelegen haben konnte!

236) Kleinmann, Verwertungsverbote für das Bundeskartellamt, insbesondere im Anschluß an Fusionsverfahren, DB 1974, 1097 ff.

im Wege des Auskunftsrechts nach § 46 für ein Verwaltungsverfahren erzielten Erkenntnisse in einem späteren, denselben Sachverhalt betreffenden Bußgeldverfahren nicht verwendet werden dürften. Zwar wird bezweifelt, ob diese Feststellung allgemein aus § 46 Abs. 5 hergeleitet werden kann, weil das Unternehmen das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts selbst beurteilen könne; aus § 46 Abs. 1 OWiG in Verbindung mit § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO folge aber ohne weiteres ein Aussageverweigerungsrecht, das ein entsprechendes Verwertungsverbot nach sich ziehe. Dem ist eine zweite Ansicht²³⁷⁾ entgegengetreten: ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Äußerungen eines Beschuldigten oder Betroffenen in einem anderen Verfahren vor der ermittelnden Behörde oder einer anderen Stelle nicht gegen verwendet werden dürften, bestehe weder im Strafverfahrens- noch im Ordnungswidrigkeitenrecht. § 46 Abs. 5 könne schon deswegen nicht herangezogen werden, weil hier keine Belehrungspflicht der Behörde bestehe. In § 136 StPO sei diese zwar vorhanden, führe aber nicht zu einem Verwertungsverbot, wobei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 136 StPO²³⁸⁾ verwiesen wird. Ausnahmen seien nur in entsprechender Anwendung von § 136 a StPO anzuerkennen, etwa wenn die Einleitung eines Bußgeldverfahrens vor Auskunfterteilung dem Betroffenen nicht mitgeteilt worden ist.

Die Berufung beider Meinungen auf das Strafprozeßrecht zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist wegen der Verweisung durch § 46 OWiG gerechtfertigt. Die §§ 136 und 136 a StPO können aber im unmittelbaren Ansatz nicht weiterführen, da sie hinsichtlich der Verwertung von Beweismitteln eine Einheit des Verfahrens, von der ersten behördlichen Vernehmung bis zur Hauptverhandlung, zugrundelegen. Der Kartellbehörde als der im Sinne des Ordnungswidrigkeitenrechts

237) Klemp, Übergang vom kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren zum Bußgeldverfahren, BB 1976, 912 ff.

238) BGHSt 22, 170.

zuständigen Verwaltungsbehörde sind damit einerseits die Förmlichkeiten eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens auferlegt, andererseits fließen ihr - organisatorisch ungetrennt, nämlich derselben Beschlußabteilung - als der rein kartellrechtlichen Verwaltungsbehörde weiterreichende Informationen zu. Dem Strafprozeßrecht ist eine solche Zweigleisigkeit fremd. Der Schlüssel zur Lösung muß deshalb im GWB selbst gesucht werden. § 46 Abs. 5 ist unstreitig vor der förmlichen Einleitung des Ermittlungsverfahrens nach Ordnungswidrigkeitenrecht, also im sog. einfachen Verwaltungsverfahren, anwendbar²⁴⁰⁾. Wenn man nun für den späteren Zeitpunkt im Bußgeldverfahren, gestützt auf § 46 OWiG i. V. m. § 136 StPO, ein Verwertungsverbot ablehnen muß, dann hat wenigstens in dem vorgeschalteten gemeinsamen Verfahren, in dem die Kartellbehörde in einer ganz anderen Funktion tätig wird, eine Belehrungspflicht über das Recht nach § 46 Abs. 5 damit zu korrespondieren. Ein Verstoß gegen diese Pflicht führt aber nicht von selbst zu einem Verwertungsverbot, sondern nur in den Fällen, in welchen für das Auskunftsverlangen Verdachtsgründe auch bußgeldrechtlicher Art in Betracht kommen. Im Preisempfehlungsrecht sind dies die Fälle mit Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen ordnungswidriger und mißbräuchlicher Empfehlung aufgrund desselben Sachverhalts. Von der Lösung Klemps über eine entsprechende Anwendung des in § 136 a StPO enthaltenen Rechtsgedankens eines Verwertungsverbots aufgrund vorausgegangener Täuschung weicht das hier gefundene Ergebnis kaum ab; wenn dort allerdings die Annahme einer Täuschung des Betroffenen von der Tatsache des bereits eingeleiteten Bußgeldverfahrens abhängig gemacht wird, birgt dies mindestens im Preisempfehlungsrecht die Gefahr in sich, daß durch eine (vielleicht sogar gebotene)

240) Die im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Auffassungen berühren nur die Anwendbarkeit des § 46 im Bußgeldverfahren, vgl. Junge im GemK § 46 Anm. 4 m. w. N.

Verzögerung der Entscheidung, eine der Verfahrensarten formell festzulegen, der notwendige Schutz durch die Gewährung eines Auskunftsverweigerungsrechts umgangen wird. Bei Preisempfehlungen tritt daher ein Verwertungsverbot ab dem Zeitpunkt ein, zu dem die Kartellbehörde mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit von der Freistellung der untersuchten Empfehlung ausgehen kann.

III. Das Tatbestandsmerkmal "Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot"

1. Mißbrauch der Freistellung

§ 38 a spricht von dem Mißbrauch der Freistellung von § 38 Abs. 1 Nr. 11 oder 12. Damit wird zunächst der Kreis der möglichen Adressaten einer Mißbrauchsverfügung umschrieben: nur diejenigen Unternehmen, die überhaupt die Freistellungs-voraussetzungen des § 38 a Abs. 1 und 2 in Anspruch nehmen und erfüllen, können die dadurch erlangte Position in mißbräuchlicher Weise ausnutzen. Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot bedeutet aber auch, daß nur die gerade durch sie erlangte Vorzugsstellung des Preisempfehlers den Mißbrauchsvorwurf stützen kann. Es müssen ausnahmslos empfehlungsbezogene (empfehlungstypische wäre zu eng) Sachverhalte zur Beurteilung anstehen. Dieser Bezug kann fehlen, wenn eine auf den Wettbewerb gerichtete unternehmerische Handlungsweise ohne den Ausspruch von Preisempfehlungen aufgrund anderer Vorschriften (z. B. §§ 25 Abs. 2, 26) kartellrechtlich relevant werden kann und auch beim Hinzutreten empfohlener Preise schwerpunktmäßig dieser anderen Art von Wettbewerbsbeschränkungen zuzuordnen ist²⁴¹⁾. Diese Frage ist etwa dann zu beantworten, wenn der Hersteller einige wenige Abnehmer definitiv von der weiteren Belieferung aus-

241) Dies ist also nicht allein eine Frage der Ursächlichkeit, wie Benisch im GemK § 38 a Anm. 37 meint.

schließt. Nur unter dem Aspekt des § 25 Abs. 2 ist ein solches Verhalten unangreifbar, wenn nicht der Hersteller eine künftige Wiederbelieferung von einem bestimmten Preisverhalten abhängig macht und in Aussicht stellt²⁴²⁾. Die Tatsache allein, daß das Preisverhalten bestimmter Abnehmer den Hersteller stört und ihn zum endgültigen Lieferabbruch veranlaßt, steht in keinem Zusammenhang mit dem Ausspruch von Preisempfehlungen und ist demzufolge dem Regelungsbereich des § 38 a nicht zuzuordnen. Es ist mittlerweile so gut wie anerkannt, daß § 38 a keinen Kontrahierungszwang im Einzelfall schaffen will und kann²⁴³⁾. Die Mißbrauchsverfügung, welche eine einzelne Nichtbelieferung angriffe, müßte aber konsequenterweise eine Belieferung im Einzelfall gebieten. Empfehlungsbezogen wird ein Belieferungsausschluß dagegen dann, wenn das endgültige Fernhalten bestimmter Abnehmer oder einer nach gewissen Merkmalen ausgestatteten Abnehmergruppe zu einem spürbaren Ansteigen des Marktpreises führt und die Preisempfehlung dadurch verteuernd wirkt.

Mißbrauch der Freistellung vom Empfehlungsverbot und der durch § 38 a hierin begründeten Vorzugsstellung bedeutet schließlich, daß eine sonstige möglicherweise an anderer Stelle kartellrechtlich relevante derartige Vorzugsstellung den empfehlungsbezogenen Mißbrauch verstärken, nicht aber allein begründen kann. So ist das preisempfehlende Unternehmen z. B. als zugleich marktbeherrschendes i. S. d. § 22 in der Handhabung von Preisempfehlungen keinen weiteren Beschränkungen unterworfen als jeder andere Markenartikelhersteller. Denn soweit die Freistellungsvoraussetzungen des § 38 a Abs. 1 und 2 diese Art von Marktmacht unberücksichtigt lassen (soweit also vor allem wirksamer Preiswettbewerb herrscht und nicht aufgrund der Marktstellung ein "sonstiger Druck" ausgeübt wird), darf diese Wertung des

242) vgl. Bundesgerichtshof WuW/E BGH 704 ("SABA").

243) Dies stellte zuletzt wieder die BReg im Erfahrungsbericht S. 10 klar.

Gesetzes nicht im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht einer Korrektur unterzogen werden. Äußert sich aber die Marktmacht des Herstellers in dem Einfluß der empfohlenen Preise auf den allgemeinen Marktpreis nicht nur des empfohlenen Markenartikels - etwa wenn im Investitionsgüterbereich bei breitgefächerten Sortimenten der Preisempfeher als Marktführer maßgeblich auch die Handelsspanne des Warenangebots seiner Konkurrenten beeinflusst -, muß die Mißbrauchsaufsicht über die Preisempfehlungen in der Lage sein, die mißbrauchserhebliche Wertigkeit dieser auf Marktmacht begründeten Vorzugsstellung graduell differenzierend²⁴⁴⁾ miteinzubeziehen. Anknüpfungspunkt muß aber, im genannten Beispiel unter Berufung auf die Verteuerungseignung, immer die Freistellung vom Empfehlungsverbot bleiben.

2. Mißbrauch als unternehmerisches Handeln

"Mißbrauch" bedeutet in § 38 a übereinstimmend mit den übrigen Tatbeständen im GWB, die diesen Begriff verwenden, eine Ausdrucksform unternehmerischen Handelns²⁴⁵⁾. Auch eine bloße Eignung zu abträglichen Marktfolgen, wie sie in den ersten beiden Beispielfällen als ausreichend erachtet wird, setzt voraus, daß Empfehlungen überhaupt ausgesprochen, also rechtserheblich in den Verkehr gebracht worden sind. Ist dies einmal geschehen, dauert die Empfehlungswirkung allerdings so lange an, wie die dem Absatz der empfohlenen Ware zugrundeliegende Lieferbeziehung anhält; zur Beseitigung der Preisempfehlung und damit zur Beendigung dieser Wirkung bedarf es einer weiteren (Widerrufs-) Erklärung des Empfehlenden²⁴⁶⁾. Eine unterlassene Anpassung an die veränderten Marktgegebenheiten kann also eine ursprünglich einwandfreie Preisempfeh-

244) Ballerstedt, Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs im GWB. In: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, S. 37 ff.

245) Ballerstedt aaO S. 46; Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 55.

246) Kazmeyer Referat 1973 S. 100 f.

lung zu einer mißbräuchlichen werden lassen. Streng genommen stellt damit auch ein Unterlassen die Form eines Mißbrauchs nach § 38 a dar.

Ebenfalls in Übereinstimmung mit den übrigen Mißbrauchstatbeständen im GWB ist keine Voraussetzung, daß die unternehmerische Betätigung, soweit sie sich als ein Mißbrauch darstellt, ein subjektives (finales) Element aufweist. Jeder Mißbrauch beurteilt sich ausschließlich nach objektiven, durch die Wettbewerbsverhältnisse bestimmten Maßstäben²⁴⁷⁾. Jeder festgestellte Mißbrauchserfolg einer Preisempfehlung wird demjenigen Unternehmen zugerechnet, das die Empfehlung ausgesprochen hat - ungeachtet einer "Urheberschaft" dritter Marktbeteiligter, als die in erster Linie die Empfehlungsempfänger selbst in Frage kommen²⁴⁸⁾. Das preisempfehlende Unternehmen trifft damit eine Art Zustandshaftung; diese kann sich gegebenenfalls dahin auswirken, daß die Mißbrauchsaufsicht zum Ausgleich von Marktmacht berufen ist, die unmittelbar gar nicht vom Empfehlenden eingesetzt wird, wie sich in den Brotfällen gezeigt hatte²⁴⁹⁾. Der Vorwurf, die Mißbrauchsaufsicht habe sich dort gegen die falschen Adressaten gerichtet²⁵⁰⁾, ist jedenfalls de lege lata in systematischer Hinsicht unbegründet.

3. Mißbrauchstatbestände und Mißbrauchsbegriff im GWB

§ 38 a verwendet im Anschluß an § 17 mit "Mißbrauch" einen dem GWB von Anfang an bekannten Begriff. Die Mißbrauchstatbestände im engeren Sinne bilden zusammen mit einer Reihe von weiteren Aufsichtstatbeständen das System der kartell-

247) So schon Dörinkel, Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, WuW 1959, 81 ff.; einhellige Meinung.

248) Schultes Verbraucherdienst 1976, 85 f.

249) Vgl. die Anwendung der Nr. 1 bei nachfragemächtigem Handel durch die Entscheidung WuW/E BKartA 1545.

250) Benisch GRUR 1975, 53.

behördlichen Aufsicht über Wettbewerbsbeschränkungen²⁵¹⁾. Während diese die Eingreifkriterien kasuistisch beschreiben, verwenden jene durchgängig und nur mit grammatikalischen Abwandlungen²⁵²⁾ den generalklauselartigen Begriff "Mißbrauch". Beide Aufsichtsmittel finden sich sowohl im Bereich der präventiven als auch der repressiven Aufsicht und können gesamtwirtschaftliche Zwecke verfolgen wie auch zum Schutze individueller Interessen vorhanden sein. Gegenüber anderen Aufsichtstatbeständen erweist sich der Anwendungsbereich der Mißbrauchstatbestände als weiter, weil mit der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "Mißbrauch" und der Angabe seines Bezugsobjekts auf jede weitere Konkretisierung der tatbestandlichen Seite der Aufsichtsnormen verzichtet wird. Deshalb kann mit Recht von einer Auffangfunktion der Mißbrauchstatbestände im GWB gesprochen werden²⁵³⁾.

Ein Mißbrauch kann sich auf zwei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen beziehen: die eine Gruppe bilden Verbotsfreistellungen, die von einem durch ein generelles Verbot abgedeckten wirtschaftlichen Handlungsspielraum einen Teilbereich unter einschränkenden Voraussetzungen ausnehmen. Bei den übrigen Fällen handelt es sich um ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten, das sich in einer bloß faktischen wirtschaftlichen Machtstellung äußert. Baur²⁵⁴⁾ hat in seiner grundlegenden Arbeit diese Unterscheidung methodisch vertieft und dafür die Begriffe Rechtsformenmißbrauch und Machtmißbrauch gewählt; er hat aber auf den Versuch, den Mißbrauchsbegriff im GWB allgemein einer prägnanten Definition zugänglich zu machen, angesichts der Gefahr eines konturlosen, unverbindlichen Rechtsinstituts verzichtet.

251) Grundlegend dazu Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 54 ff.; Ballerstedt aaO S. 37 ff.

252) Was indessen ein einheitliches Verständnis nicht hindert (a. M. Benisch im GemK S 38-a Anm. 55 für den Begriff des "mißbräuchlichen Handhabens").

253) Baur aaO S. 57.

254) aaO S. 96 ff.

Die Diskussion über den Begriff des Mißbrauchs ist noch offen²⁵⁵⁾. Für das Recht der Unverbindlichen Preisempfehlungen bedeutet dies einen Rekurs auf die im 2. Abschnitt gefundenen Ergebnisse unter Verzicht auf eine hinter dem unmittelbaren Normzweck des § 38 a liegende übergreifende Typisierung. Den wichtigsten Anhaltspunkt zur Bestimmung dieses Normzwecks liefert daher eine Gegenüberstellung der vier Beispielfälle unter Berücksichtigung der Zielvorstellungen, wie sie in den vorhandenen Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommen sind.

4. Abschnitt

Grundlinien der Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen

I. Ziele der Mißbrauchsaufsicht

1. Ziele der Mißbrauchsaufsicht im Rahmen der vier Beispieltatbestände

a) Als das Hauptziel der Mißbrauchsaufsicht nach § 38 a Abs. 3 hat die Untersuchung der vier Beispielfälle des Satzes 2 die Bekämpfung von Preisempfehlungen mit verteuernder Wirkung deutlich werden lassen. Neben dem Täuschungsfall der Nr. 2 bleibt als selbständiger Aufsichtszweck die Verhinderung von Erzeugungs- und Absatzbeschränkungen (Nr. 1) nicht mehr als ein zur praktischen Bedeutungslosigkeit verurteiltes Relikt aus der Preisbindungsära, dessen Aufsichtsfunktion, die Gewährleistung einer bedarfsdeckenden Marktversorgung, ange-

255) Hier ist vor allem der abweichende methodische Ansatz von Ballerstedt aaO S. 39 ff. und dessen Versuch einer einheitlichen Begriffsbestimmung S. 42 f. beachtlich. Kritisch zum dogmatischen Wert des Begriffs "Machtmißbrauch" im Kartellrecht Raiser, Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ 1972, 733.

sichts der derzeitigen Wirtschaftslage vernachlässigt werden kann. Die zentrale Bedeutung der Verfolgung verteuender Empfehlungen, wie sie auch in der Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts seit 1973 gespiegelt wird²⁵⁶⁾, äußert sich in den Beispielfällen nach zwei Seiten. Der Mißbrauchsvorwurf wird einmal aus der Verteuerungseignung preisbindungsähnlicher Tatbestände hergeleitet, also den Fällen weitgehend befolgter Preisempfehlungen; aber auch verbreitete erhebliche Unterschreitungen, die auf das Einpendeln eines niedrigeren Preises ohne das Vorhandensein empfohlener Preise hindeuten, entsprechen nicht der Idealvorstellung freigestellter Preisempfehlungen.

b) Der Umgehungsaspekt bindungsähnlicher Sachverhalte ist evident: für den Verbraucher erscheinen die unverändert übernommenen empfohlenen Preise wirtschaftlich wie gebundene Preise, da sich ihnen keine Ausweichmöglichkeiten anbieten, günstiger einzukaufen. Diesen Erfolg will das Preisbindungsverbot gerade verhindern. Ein Umgehungsverwurf allein kann aber das Unwerturteil mißbräuchlichen Verhaltens nicht stützen, da seine Bewertung bereits Gegenstand der Freistellung vom Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist. Es ist somit erst und gerade die Eignung zur Verteuerung, welche die Praktizierung der Preisempfehlung als Preisbindungersatz zur mißbräuchlichen Handhabung stempelt. Die Nr. 1 spricht dies, mit der weiteren Einschränkung mangelnder gesamtwirtschaftlicher Rechtfertigung, klar aus. Der Mißbrauchsfall des Belieferungsausschlusses (Nr. 4) muß insoweit über seinen Wortlaut hinaus restriktiv ausgelegt werden, zugleich um den Unterschied gegenüber den Diskriminierungstatbeständen zu verdeutlichen. Die Mißbrauchsprüfung hat hier nicht danach zu fragen, ob durch den Ausschluß bestimmter Abnehmer oder Abnehmergruppen von der Belieferung irgendeine prozentuale Befolungsquote erreicht wird, sondern ist ausschließ-

256) BKartA Tätigkeitsbericht 1973 S. 19 f.; 1974 S. 19 f.; 1975 S. 24 f.; 1976 S. 34 ff.; 1977 S. 44 f.

lich dazu aufgerufen, eine aus diesem Verhalten resultierende Verteuerungseignung, etwa in Form eines ansteigenden Marktpreises, festzustellen. Die Wertung des Gesetzes, Preisempfehlungen in Kenntnis des besagten Umgehungscharakters vom Verbot freizustellen, hat eine weitere Konsequenz: gerade mit den auf eine bestimmte Befolgung zielenden Voraussetzungen sowohl im Freistellungstatbestand des Abs. 1 Nr. 2 als auch in den Mißbrauchsfällen Nr. 2 und 3 wird zu erkennen gegeben, daß eine gewisse Verteuerungseignung jeder Preisempfehlung naturgemäß in Kauf genommen werden muß²⁵⁷⁾. Der Gedanke der Umgehung des Preisbindungsverbots ist demnach für sich allein nicht geeignet, das Verdikt "Mißbrauch" zu stützen.

c) Einer etwas komplexeren Betrachtung bedarf an dieser Stelle der Unterschreitungsfall der Nr. 3. Der Umgehungsaspekt dringt hier nicht durch, im Gegenteil: verbreitete Unterschreitungen scheinen zunächst für ein besonders ausgeprägtes Moment der Unverbindlichkeit und damit für eine funktionsnennende Preisempfehlung zu sprechen²⁵⁸⁾. Der Gesetzgeber hat solchen Wertungen vorgebaut. Seine Argumentation, womit die Verteuerungseignung auch für die Unterschreitungsfälle begründet wird, stellt sich auf ihren Kern reduziert so dar: erhebliche Unterschreitungen zeigen, daß die Ware billiger als zu dem empfohlenen Preis verkauft werden kann. Erhebliche Unterschreitungen in einer Mehrzahl von Fällen zeigen, daß der Markt eine solche Verbilligung verlangt. Ein Teil der Empfehlungsempfänger läßt sich jedoch durch den Anspruch von Empfehlungen daran hindern, einen niedrigeren Preis zu verlangen; hierin liegt die verteuernde Wirkung dieser empfohlenen Preise.

Damit wird allerdings nur eine Seite des Mißbrauchs durch Unterschreitungen beleuchtet. Eine tatsächlich vorhandene Verteuerungseignung würde sich dann als an sich nicht

257) Dieser Gedanke schwingt bei Belke ZHR Band 138 (1974) S. 439 mit; a. M. wohl Benisch im GemK § 38 a Anm. 42.

258) Auf dieser Grundlage ist natürlich die von Gleiss/Bechtold BB 1973, 1143 erhobene Kritik konsequent.

empfehlungsbezogen (und demzufolge als nicht mißbräuchlich) darstellen, wenn der Betreffende Markenartikel auch ohne den Ausspruch von Preisempfehlungen zu ebenso heterogenen Wiederverkaufspreisen verkauft würde, z. B. weil der Wettbewerb allein die auf strukturellen Gegebenheiten im Handel basierenden unterschiedlichen Endverbraucherpreise nicht einander näher bringen kann. Das zweite Element des Mißbrauchs durch Unterschreitungen ist deshalb in der Wirkung zu sehen, daß eine mit dem Ausspruch von Preisempfehlungen in Verbindung gebrachte Erwartung, bis zu einem gewissen Grade homogene Wiederverkaufspreise anzutreffen, enttäuscht wird. Der Verbraucher kann dieser Täuschung aber nur in dem gleichen Maße erliegen, wie er in der Branche, über die der jeweilige Markenartikel vertrieben wird, noch mit einigermaßen einheitlichen Verkaufspreisen rechnen kann; bei einer breiten Distribution über unterschiedlich strukturierte Handelsunternehmen nimmt die Erwartung, der empfohlene Preis werde befolgt, entsprechend ab. Dieses im zweiten Mißbrauchsfall im Vordergrund stehende Täuschungsmoment kann dem Verteilungsgedanken in Nr. 3 wenigstens sekundär zur Seite treten²⁵⁹⁾. Auch hier setzt eine Verbrauchertäuschung voraus, daß der empfohlene Preis nicht nur dem Handel auf irgendeine Weise bekanntgeworden ist. Die von der Mißbrauchsaufsicht zu berücksichtigende Wesensverschiedenheit der beiden Empfehlungstypen zeigt sich damit erneut; ob der Handelspreisempfehlung allein deshalb in den Unterschreitungsfällen ein weniger wettbewerbschädlicher Einfluß zugesprochen werden darf, wird von den konkreten Branchenverhältnissen und dem Ausmaß der Abweichungen oberhalb des empfohlenen Preises abhängen müssen.

Bei Verbraucherpreisempfehlungen bildet der Unterschreitungsfall somit eine Übergangsform zwischen den in Nr. 1 und 2 geregelten Mißbrauchsfällen der Verteilung durch preisbin-

259) Dieser Gedanke klingt an bei Kazmeyer Referat 1973 S. 111.

dungsähnliche Befolgung und Ausschluß preisaktiver Handelsunternehmen einerseits und dem mit der Nr. 2 verfolgten Mißbrauch infolge mehrheitlicher, verbrauchertäuschender Nichtbefolgung. Der im Bericht des Wirtschaftsausschusses²⁶⁰⁾ programmatisch in den Mittelpunkt gerückte Begriff des Verbraucherschutzes gewinnt damit einen umfassenderen Inhalt als im Sinne eines bloßen Teuerungsschutzes.

d) Es ist deutlich geworden, daß der Mißbrauchsbegriff in § 38 a, sowiet er vom Beispielkatalog des Abs. 3 Satz 2 her umrissen wird, neben einer markterfolgsbetonten Zielsetzung (Verteuerungswirkung) auch eine rein verhaltensbezogene Aufsichtsfunktion umfaßt, welche die Steuerung des Empfehlungsmechanismus, wie er als Leitbild den Freistellungsvoraussetzungen zu entnehmen ist, zum Zweck hat. Aus dem Tatbestandsmerkmal "mehrheitliche Befolgung" in Abs. 1 Nr. 2, unmittelbar nur eine subjektive Voraussetzung, wird so für die Mißbrauchsprüfung ein objektiver Verhaltensimperativ bezogen, wonach die Preisempfehlung "lauter" im Sinne der von der Allgemeinheit an dieses Instrument herangetragenen Erwartungen sein müsse. Mit der gleichen methodischen Begründung lassen sich auch alle übrigen von der Preisempfehlung ausgelösten Täuschungsfälle²⁶¹⁾ als Mißbrauch beurteilen. Scheitert z. B. ein täuschender Unverbindlichkeitsvermerk nicht schon auf der Freistellungsstufe (eine an einer Schrankwand angebrachte "Unverbindliche Preisempfehlung" bezieht sich nur auf einen Einzelteil des optisch als Gesamtheit betrachteten Markenartikels), greift der in dem Tatbestandsmerkmal "ausdrücklicher Unverbindlichkeitsvermerk" angesprochene Lauterkeitsgedanke auf eine Mißbrauchsprüfung durch. Diese Wertungsinhalte eröffnen sich für die Generalklausel nicht nur im Vergleich mit den vier Beispielfällen, sondern auch als unmittelbare Konsequenz der vom Gesetzgeber allgemein für die Zulassung der Preisempfehlungen herangezogenen Beweggründe.

260) Ausschlußbericht S. 2 f., 11.

261) Anschaulich Kazmeyer Referat 1973 S. 109 f.

5. Ziele der Mißbrauchsaufsicht insgesamt

a) Die Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen soll in verschiedene wettbewerbspolitische Zielrichtungen einem Auftrag des Gesetzgebers genügen: sie soll an den seitherigen Rechtszustand anknüpfen, ferner dem Bestreben einzelner Hersteller entgegenzutreten, einen Preisbindungsersatz zu schaffen, und schließlich soll sie allgemein verschärft sein²⁶²⁾. Einer Anknüpfung an die bis 1973 bestehende Rechtslage kann die Mißbrauchsaufsicht unter den Gesichtspunkten "Verteuerung" und "Täuschung" ohne weiteres genügen. Bei Preisempfehlungen mit bindungsähnlicher Wirkung geht eine Berufung auf jenen Rechtszustand naturgemäß fehl. Welche Folgerungen aus der ausdrücklichen Zielsetzung, die Schaffung eines Preisbindungsersatzes zu verhindern, in den Fällen zu ziehen sind, in welchen diese Sachverhalte keine verteuernde Eignung aufweisen, ist daher offen. Bedeutung gewinnt die Frage vor allem bei den nahezu ausnahmslos befolgten Handelspreisempfehlungen für kleinpreisiige Markenartikel mit sonst hohen Kalkulations- und Auszeichnungskosten, wie z. B. bei Eisenwaren. Auf der einen Seite läßt sich argumentieren, daß die Preisbindung nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der beobachteten Verteuerungseignung verboten worden ist; ein mißbräuchlicher Preisbindungsersatz müsse deshalb eine irgend geartete Verteuerungseignung besitzen. Schließlich ist der Umgehungsaspekt für sich allein bereits Gegenstand der der Freistellung von Preisempfehlungen zugrundeliegenden Wertung. Andererseits ließe sich, da ja schon bei verteuernden Preisbindungen eine Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde stattgefunden hätte, aufgrund der Entstehungsgeschichte des § 32 a ebenso gut die These vertreten, mit der 2. GWB-Novelle habe der Gesetzgeber Preisvielfalt bei den Wiederverkäufern als einen Ordnungswert der Wettbewerbsverhältnisse postulieren wollen.

262) Ausschlußbericht S. 11.

streng objektive Systemwidrigkeit kann aber nur dann angenommen werden, wenn sämtliche belieferten Abnehmer exakt zu dem empfohlenen Preis weiterverkaufen²⁶⁶⁾.

Hat man auf diese Weise die unterschiedlichen Wiederverkaufspreise zu ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen einer marktgerechten Preisempfehlung erhoben, heißt dies indessen nicht, daß Gleichpreisigkeit auch zwangsläufig ein Mißbrauchsgrund zu sein habe. Denn dem hier berufenen Ordnungsmoment kann nicht mehr Gewicht zukommen als den übrigen aufgezählten Zielsetzungen wie z. B. der Verhinderung von negativen Strukturveränderungen auf der Handelsstufe. Wenn empfohlene Preise in einzelnen Fällen, vor allem in der Form von Handelspreisempfehlungen für geringpreisige Artikel, imstande sind, eine verteuernde Kalkulation und Auszeichnung im Handel zu verhindern, muß die Preisvielfalt als Maxime des Empfehlungsrechts bei fehlenden Unterschreitungen zurückstehen.

c) In diesem Ergebnis kommt, neben der Bekämpfung von verteuernden Preisempfehlungen in der Form erheblicher Unterschreitungen und bindungsähnlicher Befolgung, in einer dritten Hinsicht die beabsichtigte Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht aufgrund des neugeschaffenen § 38 a zum Ausdruck. Die Mißbrauchsaufsicht nach Abs. 3 kann damit einheitlich als eine Schutzmaßnahme verstanden werden, welche die Preisempfehlung als ein ihrer Anlage entsprechend ständigen Marktbewegungen unterworfenen Wettbewerbsmittel zu steuern bestimmt ist. Die Verschärfung zeigt sich schließlich im Ver-

Umgehungsgesichtspunkten der Funktion dieser Norm nicht gerecht werden kann, da sie anderen teleologischen Deutungen nicht zugänglich ist. Der Mißbrauchsaufsicht wäre bei Störungen der systematischen Anlage in der hier besprochenen Art ein Rückgriff auf die in der Freistellung enthaltenen Wertungen versagt, wenn sich das Freistellungsprivileg ausnahmslos auf Umgehungssachverhalte beziehen würde. Diese werden vom Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 auch, aber nicht ausschließlich erfaßt.

266) So auch für den umgekehrten Fall einer durchgängigen Nichtbefolgung Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 90.

gleich mit den Freistellungsvoraussetzungen, für deren Fehlen die Bußgeldsanktion angeordnet ist. Zwar bewirkt das Nichtvorhandensein von Freistellungsvoraussetzungen sogleich die Ordnungswidrigkeit der Preisempfehlung und steht einer Mißbrauchsaufsicht entgegen; es ist aber aufgezeigt worden, daß wesentliche Momente der Empfehlungskonzeption des Gesetzgebers von 1973 auf der Freistellungsstufe überhaupt nicht (wie der Schutz vor Täuschungen des Verbrauchers) oder nur als subjektives Tatbestandsmerkmal (wie die Erwartung mehrheitlicher Befolgung) und auf der Mißbrauchsstufe nicht innerhalb des Beispielkatalogs (wie die tatsächliche Preisvielfalt) Eingang in den Gesetzestext gefunden haben. Vor allem ist die eigenständige Dynamik der im Markt geforderten Wiederverkaufspreise als das Charakteristikum einer funktionierenden Empfehlungspraxis nur mittelbar bei der Freistellung als subjektive Befolgungserwartung abgesichert.

Die Bedeutung der Generalklausel des Satzes 1 liegt nach alledem in ihrer Anwendbarkeit auf einen allgemeinen Mißbrauchsvorwurf, der sich gegen Abweichungen von einer Konzeption des Gesetzgebers richtet, die vom Freistellungstatbestand nicht allein umschrieben worden ist. Die Erkenntnis, daß bestimmte objektive Merkmale wie Preisvielfalt einerseits und mehrheitliche Befolgung andererseits ohne weiteres als Freistellungserfordernisse hätten formuliert werden können und daß die Gesetzesverfasser diese Möglichkeit gesehen und bewußt nicht realisiert haben müssen, verschafft der Mißbrauchsaufsicht eine bemerkenswerte Eigenständigkeit gegenüber den Eingriffsbefugnissen bei ordnungswidrigen Preisempfehlungen. Der dem § 38 a zugrundeliegende Mißbrauchs begriff kann daher ganz allgemein als die nicht mit jenem Empfehlungsmodell konforme Handhabung bezeichnet werden, das durch Preisbindungsverbot, Freistellungstatbestand, exemplarische Mißbrauchsfälle und die im Ausschlußbericht genannten Ziele umrissen wird.

II. Die Aufsichtsmaßnahmen der Kartellbehörde

1. Die Rechtsfolgendeite der Generalklausel des Abs. 3 Satz 1

a) Unzulässigerklärung und Verbot der Preisempfehlung

Als Regelfall der nach abgeschlossener Mißbrauchsprüfung zu erlassenden Entscheidung sieht das Gesetz - soweit nicht eine Einstellung des Verfahrens angezeigt ist - die Mißbrauchsverfügung nach Abs. 3 Satz 1 vor, wonach die Kartellbehörde "Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art für unzulässig erklären und neue, gleichartige Empfehlungen verbieten" kann. Dieses Verbot erlegt dem preisempfehlenden Unternehmen u. U. nicht nur ein Unterlassen, sondern auch ein aktives Tun auf. Wie schon dargestellt worden ist, erzeugt der Empfehlungsausspruch über bestimmte Informationsträger wie Etikettenaufdruck, Preisliste oder Händlerrundschreiben eine Dauervirkung²⁶⁷⁾, bis die Preisempfehlung ausdrücklich oder stillschweigend (durch Veränderung des empfohlenen Preises) widerrufen wird. Bei dieser Sachlage muß der Empfehlende, um nicht der Verbotsverfügung zuwiderzuhandeln, die Fortwirkung auf dieselbe Weise beseitigen, wie die empfohlenen Preise ausgesprochen worden sind, und dadurch sicherstellen, daß der Adressatenkreis der für unzulässig erklärten Preisempfehlung erreicht wird.

b) Das Tatbestandsmerkmal "neue, gleichartige Empfehlungen"

Schon von den Freistellungsvoraussetzungen her muß die Empfehlung einen "bestimmten Preis" oder "bestimmte Arten der Preisfestsetzung" zum Gegenstand haben. Von daher dürfte Einigkeit bestehen, daß eine ausdrückliche neue Empfehlung des gleichen Preises bei auch sonst konstanten Umständen gleichartig i. S. d. Satzes 1 ist. Mit dem Ausdruck der "Gleichartigkeit" erfaßt die Mißbrauchsverfügung den ihr

267) Ebenso hinsichtlich des Bußgeldverfahrens ("Dauertatbestand") Kazmeyer Referat 1973 S. 100 f.

zugrundeliegenden Sachverhalt aber nie isoliert auf den empfohlenen Preis bezogen, sondern in seinen sämtlichen Dimensionen. Eine Gleichartigkeit ist daher immer in den Fällen des sog. parallel versetzten Mißbrauchs²⁶⁸⁾ gegeben, in denen mit einer Veränderung des empfohlenen Preises eine entsprechende Angleichung des Abgabepreises einhergeht, so daß sich die als Differenz verbleibende Spanne nicht verändert. Umgekehrt fehlt die Gleichartigkeit, wenn der Hersteller bei konstantem empfohlenem Preis entweder den Abgabepreis oder die Art der Rabattierung, falls diese den Angriffspunkt der Mißbrauchsaufsicht gebildet hatte, verändert. Schließlich ist eine Empfehlung bei unverändertem Preis dann nicht gleichartig, wenn der Markenartikel selbst in seinen wesentlichen Eigenschaften, also nicht z. B. nur durch eine andere Verpackung, erneuert wird.

2. Die Abmahnung nach Abs. 5

Wie in § 17 (alter und neuer Fassung) findet sich in § 38 a Abs. 5 als einer Sollvorschrift die der Kartellbehörde auferlegte Verpflichtung, vor Erlaß einer Mißbrauchsverfügung das preisempfehlende Unternehmen aufzufordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen (Abmahnung). § 17 war dahin verstanden worden, daß dem betroffenen Unternehmen über den Wortlaut ("soll") hinaus ein unmittelbarer Anspruch zukommen sollte, die Bedenken der Kartellbehörde vor Erlaß der förmlichen Mißbrauchsverfügung mitgeteilt zu erhalten, um diesem durch eigenes Handeln zuvorkommen zu können²⁶⁹⁾. Die gleiche Ausgangssituation findet sich im Preisempfehlungsrecht. Hier gewinnt die Abmahnung für die betroffenen Her-

268) Ausdruck und Würdigung dieses Sachverhalts zuerst durch das BKartA, vgl. WuW/E BKartA 1556, 1558 ("Haushaltsmargarine"); Benisch im GemK § 38 a Anm. 65.

269) Vgl. Schwartz im GemK § 17 Anm. 78; ebenso die Rechtsprechung des KG WuW/E OLG 1082 ("Feuerfeste Steine"), 1204 ("Farbfernsehgeräte").

steller besonderes Gewicht wegen des in § 38 a Abs. 6 enthaltenen absoluten Empfehlungsverbots im Wiederholungsfalle. Sodann besitzt die Beschwerde gegen die Mißbrauchsverfügung keine aufschiebende Wirkung, wie dem § 63 zu entnehmen ist, worin § 38 a Abs. 3 und 6 nicht aufgeführt werden²⁷⁰⁾. Beide Faktoren müssen das Bestreben des Preisempfehlers fördern, ein Mißbrauchsverfahren auf andere Weise als durch eine förmliche Verfügung zu beenden. Wenn eine ganz beachtliche Zahl der seit 1973 gegen Preisempfehlungen eingeleiteten Mißbrauchsverfahren aufgrund einer erfolgreichen Abmahnung eingestellt werden konnte²⁷¹⁾, spricht dies für die praktische Bedeutung des Abs. 5²⁷²⁾.

Angesichts dieser Bedeutung kann zu überlegen sein, ob die behördliche Maßnahme der Abmahnung ihrerseits rechtlich überprüfbar sein muß. Ihre systematische Stellung im Vergleich zur abschließenden Mißbrauchsverfügung läßt es zwar als erforderlich erscheinen, der Abmahnung entsprechend der bisherigen Ansicht²⁷³⁾ den Charakter einer förmlichen, damit auch Rechtsmitteln unterliegenden Verfügung abzusprechen²⁷⁴⁾. In der Praxis ergehen Abmahnungen freilich erst nach vollständigem oder weitgehendem Abschluß der behördlichen Ermittlungstätigkeit, so daß der nicht für Abhilfe sorgende Hersteller in Kürze mit einer Verfügung nach Abs. 3 rechnen kann. Daraus wird man folgern müssen, daß die Kartellbehörde bei der Abmahnung schon sämtliche Gesichtspunkte mizuteilen hat, die eine spätere Mißbrauchsverfügung tragen würden. Der betroffene Hersteller darf nicht mit rechtlichen Argu-

270) A. M. allein aus nicht ersichtlichen Gründen Müller/Giessler § 38 a Anm. 54.

271) Rauschenbach, Die ersten zwei Jahre der Entscheidungspraxis zur Kartellnovelle, NJW 1975, 1993 (1998); BKartA Tätigkeitsbericht 1976 S. 35 und Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 27.

272) Benisch im GemK § 38 a Anm. 50; Tetzner MDR 1975, 708.

273) Schwartz im GemK § 17 Anm. 78; Baur aaO S. 84.

274) Benisch im GemK § 38 a Anm. 72; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 119.

menten überrascht werden. Die nach Abs. 5 ergehende Abmahnung muß daher immer begründet sein und den Kern des Mißbrauchsvorwurfs offenlegen. Soweit dieser sich auf einen der exemplarischen Fälle des Abs. 3 Satz 2 stützt, ist der jeweilige Tatbestand zu bezeichnen und die Erfüllung seiner Merkmale darzulegen. Im Falle eines später auftauchenden, den Mißbrauchsverdacht bestärkenden (oder entkräftenden!) Umstands oder aufgrund einer zwischenzeitlichen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts kann eine wiederholte Abmahnung notwendig sein, um dem Preisempfehler dieses im Kartellrecht eigentümliche vorverlagerte rechtliche Gehör²⁷⁵⁾ zu gewährleisten. Verstöße gegen diese Grundsätze sind aber selbst nicht justizierbar; sie können höchstens im Einzelfall zu einer Aufhebung der Mißbrauchsverfügung durch das Beschwerdegericht führen. Diese Möglichkeit muß im Preisempfehlungsrecht wenigstens dann in Betracht kommen, wenn das beschwerdeführende Unternehmen nach Zustellung der Mißbrauchsverfügung aus eigenem Entschluß die beanstandete Empfehlung aufgibt und eine Erledigterklärung abgibt.

Die an § 17 Abs. 2 (alter wie neuer Fassung) anknüpfende Vorschrift des § 38 a Abs. 5 deckt allerdings nur einen Teil der bisherigen Abmahnungspraxis ab. Während die Fälle mangelnder Freistellungsvoraussetzungen in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 1 a. F. vor 1973 als Mißbrauch eingestuft waren, steht der Wortlaut des § 38 a Abs. 3 Satz 1 ("Empfehlungen der in Absatz 1 bezeichneten Art") einer auf Abs. 5 gestützten Fortsetzung dieser Praxis entgegen. Für ordnungswidrige Preisempfehlungen hätte damit wie für wettbewerbsbeschränkende und diskriminierende Maßnahmen i. S. d. §§ 16 ff. die Rechtslage bestanden, nur im Bußgeldverfahren verfolgt werden zu können. Dazu mußte immer der Nachweis eines Verschuldens geführt werden. Weil dies erfahrungsgemäß häufig nicht oder nur unter Schwierigkeiten möglich war,

²⁷⁵⁾ Daraus hat Schwartz im GemK § 17 Anm. 78 hingewiesen.

hatte das Bundeskartellamt auch für derartige Fälle, ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, eine umfangreiche Abmahnungspraxis entwickelt²⁷⁶⁾.

Die bestehende Rechtsunsicherheit und die mögliche mangelnde Effizienz bloßer "Abmahnungen" wollte der Gesetzgeber mit der Schaffung des Untersagungsverfahrens nach § 37 a beseitigen²⁷⁷⁾. Dabei ist ein Interesse der beteiligten Wirtschaftskreise anerkannt worden, das über die bloße Kodifizierung eines Anspruchs auf Abmahnung vor Erlaß eines Bußgeldbescheids hinaus auf eine objektive verfahrensmäßige Klärung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Empfehlungen, Absprachen und anderen Verhaltensweisen ohne die Berücksichtigung eines Verschuldens gerichtet war²⁷⁸⁾. Mit Rücksicht darauf bleibt innerhalb des Verfahrens nach § 37 a kein Raum, wiederum in freier Rechtsschöpfung eine vorherige Abmahnung zu praktizieren. Andererseits haben die betroffenen Unternehmen keinen Anspruch darauf, daß die Kartellbehörde anstatt des Bußgeldverfahrens nach § 38 das objektive Verwaltungsverfahren nach § 37 a einleitet oder dieses Untersagungsverfahren vorschaltet²⁷⁹⁾. Insofern ist es nach der Gesetzeslage bei den früheren Wertungsunterschieden zwischen ordnungswidrigen und mißbräuchlichen Preisempfehlungen geblieben. In Fällen mit Abgrenzungsschwierigkeiten muß es als zulässig erscheinen, die Bedenken der Kartellbehörde in einer einheitlichen Abmahnung vorzutragen. Für das Bußgeldverfahren, welches sich gegen offenkundig ordnungswidrige Preisempfehlungen richtet, braucht die Frage nach der Zulässigkeit von Abmahnungen hier nicht entschieden zu werden; fest steht, daß sie nicht aus § 38 a Abs. 5 herzuleiten wäre.

276) Näher dazu Mayer-Wegelin im GemK § 37 a Anm. 1.

277) Vgl. die amtliche Begründung zu § 37 a in der BR-Drucks. 265/71.

278) Ebenda.

279) Mayer-Wegelin im GemK § 37 a Anm. 5; Klemp BB 1976, 912.

3. Die Gewährung von Aufbrauchfristen

a) Das Bundeskartellamt hatte bei der Unwirksamklärung von Preisbindungen häufig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dem betroffenen Unternehmen eine Frist zum Abbau von Lagerbeständen des Markenartikels einzuräumen, der selbst oder dessen Verpackung mit dem für unwirksam erklärten gebundenen Preis als Etikettaufdruck usw. versehen war. Die Behörde konnte sich dabei auf § 17 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 (insoweit in unveränderter Fassung) stützen, wonach die Mißbrauchsverfügung "mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr (sc. der Kartellbehörde) zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt" ergehen konnte. In § 38 a Abs. 3 Satz 1 fehlt eine entsprechende Regelung. Es kann daher zweifelhaft sein, ob die Gewährung von Aufbrauchfristen für die von einer Verfügung nach Abs. 3 oder 6 betroffenen Unternehmen sich im Einklang mit der Rechtslage befindet.

Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Mißbrauchsverfügung wird, ungeachtet einer gegen sie eingelegten Beschwerde, durch die Zustellung des Beschlusses nach § 57 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, da der Gesetzgeber § 38 a bewußt²⁸⁰⁾ nicht in die Fälle des § 63 aufgenommen hat und eine aufschiebende Wirkung der Beschwerdeeinlegung deshalb erst hergestellt werden muß. Die §§ 62 ff. scheiden demnach aus, um die Gewährung von Aufbrauchfristen bei Preisempfehlungen zu rechtfertigen.

b) Es ist sodann daran zu denken, daß die Mißbrauchsverfügung wie nach § 17 auch zu einem künftigen Zeitpunkt erlassen werden kann. Die Materialien²⁸¹⁾ schweigen hierzu wie der Wortlaut der Vorschrift selbst. Aus der Tatsache, daß die Verfügung nach § 17 auf eine Unwirksamklärung, eine Gestaltung der privatrechtlichen Beziehungen, gerichtet ist, kann eine unterschiedliche Beurteilung nicht abgeleitet werden. Die wirtschaftliche Ausgangssituation ist bei Preis-

280) Ausschlußbericht S. 12.

281) Man sieht sich wie auch sonst auf den Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 7/765 beschränkt.

bindern und Preisempfehlern die gleiche: für die Hersteller sollen unverhältnismäßige Kosten z. B. durch eine Neuetikettierung von verpackter Ware vermieden werden, dem Handel soll die Weiterveräußerung der zu den alten Konditionen erstandenen Ware ermöglicht werden, sofort einsetzende Preiserschleudereien durch Abnehmer von Ware mit verändertem Aufdruck sollen unterbunden werden. Bei Verbraucherpreisempfehlungen tritt die wettbewerbsrechtliche Verpflichtung hinzu, Aufdrucke der für unwirksam bzw. unzulässig erklärten Preise zur Vermeidung einer Irreführung des Publikums zu entfernen oder sonst in geeigneter Weise unkenntlich zu machen²⁸²⁾.

Aus den Eigenheiten des Preisbindungsrechts ist demnach eine bestimmte Veranlassung für die unterschiedliche Textfassung nicht zu ersehen. Läßt man die Annahme eines Redaktionsversehens außer Betracht, erscheint das Schweigen des Gesetzes eher als indifferent denn als berechtigt. Eine streng am Wortlaut haftende Interpretation, welche den Gedanken einer verschärften Mißbrauchsaufsicht bemühen müßte, erwiese sich zum Nachteil des Verbrauchers, an den die Kosten einer sofortigen Produktionsumstellung voraussichtlich im Ergebnis weitergegeben würden. Nur dieses Verständnis dürfte den "Intentionen des Gesetzgebers" entsprechen, auf die sich auch das Bundeskartellamt beruft²⁸³⁾. In der "Brotindustrie"-Entscheidung setzt sich das Bundeskartellamt erstmals mit der aufgeworfenen Problematik auseinander und befürwortet auch unter § 38 a Abs. 3 Satz 1 die Gewährung von Aufbrauchfristen. Hier wurde, in Fortführung der früheren Praxis zu § 17, in der Beschlußformel selbst der künftige Zeitpunkt für den Wirksamkeitseintritt der Mißbrauchsverfügung bestimmt.

c) Die Rechtsklarheit verlangt, daß die Gewährung von Aufbrauchfristen in Form einer vom gesetzlichen Normalfall (§ 57 Abs. 1 Satz 2) abweichenden Bestimmung des Wirksamkeitseintritts ausdrücklich der Beschlußformel zu entnehmen

282) Baumbach/Hefermehl § 3 UWG Anm. 134.

283) WuW/E BKartA 1545, 1554 ("Brotindustrie").

ist. Demgegenüber ist eine zweite Praxis des Bundeskartellamts festzustellen, in den Gründen der Mißbrauchsverfügung Aufbrauchsfristen einzuräumen²⁸⁴⁾. Sie kann auf dem hier aufgezeigten Weg keine dogmatische Grundlage finden. Man wird diese Lösung als einen vorwegerkärten, zeitlich beschränkten Verzicht auf die Einleitung eines neuen Verfahrens verstehen müssen, welches von dem gegenwärtigen wegen der verfahrensbeendenden Wirkung der Mißbrauchsverfügung völlig unabhängig wäre.

Nach Inkrafttreten des § 38 a hatte zunächst keine gesicherte Erkenntnis darüber bestanden, ob dieses neue Verfahren, würde es vor Eintritt der Unanfechtbarkeit der Mißbrauchsverfügung (es gilt die Monatsfrist des § 65 Abs. 1 Satz 1) eingeleitet, ein Bußgeldverfahren oder ein Mißbrauchsverfahren sein müßte. Das Bundeskartellamt 285) hatte § 38 Abs. 1 Nr. 12 zumindest vor Eintritt der Unanfechtbarkeit als lex specialis zu § 38 Abs. 1 Nr. 4 betrachtet mit der Folge, daß gegen eine Weiterpraktizierung der für unzulässig erklärten Preisempfehlung sofort im Bußgeldverfahren vorgegangen werden könnte 286). Demgegenüber sah der Bundesgerichtshof 287) die Einleitung eines Bußgeldverfahrens aufgrund von § 38 Abs. 1 Nr. 12 im Anschluß an eine ergangene Mißbrauchsverfügung als nicht zulässig an. Der Ansicht des Bundesgerichtshofs zufolge wird durch die Mißbrauchsverfügung nach § 38 a Abs. 3 das Freistellungsprivileg (§ 38 a Abs. 1 und 2) nicht beseitigt, dem behördlichen Verbot also nicht die gleiche Wirkung zugemessen wie dem gesetzlichen (§ 38 Abs. 1 Nr. 12). Hier wird eine Regelungslücke sichtbar, die auch der Bundesgerichtshof erkannt hat, durch seinen Hinweis auf die Möglichkeit der Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln (§§ 13 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes) aber nur unzureichend ausgefüllt wird 288). Im Ergebnis wäre danach eine weitere Handhabung der durch Mißbrauchsverfügung verbotenen Preisempfehlung in einem - neuen - Mißbrauchsverfahren zu verfolgen.

284) WuW/E BKartA 1556, 1560 ("Haushaltsmargarine").

285) WuW/E BKartA 1586 ("Preisauflöser").

286) Ebenso Kazmeyer/Hennig BB 1976, 941.

287) WuW/E BGH 1489 ("Brotindustrie"); ebenso schon das KG WuW/E OLG 1733.

288) Näher dazu Karsten Schmidt, Fortsetzung untersagter Preisempfehlungspraktiken und Ordnungswidrigkeitenrecht, BB 1977, 1517 f., insgesamt aber der BGH-Entscheidung zustimmend. So auch Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 110.

III. Die Praktikabilität des Wettbewerbsinstruments Preisempfehlung für den Markenartikelhersteller

1. Möglichkeiten zur Verhinderung typischer Mißbräuche

Ein Markenartikelhersteller, welcher sich mit dem Gedanken trägt, Preisempfehlungen auszusprechen, sollte darauf bedacht sein, möglichen Mißbräuchen von vorneherein zu begegnen. Dies kann durch die Bemessung der zwischen dem empfohlenen Preis und dem Abgabepreis enthaltenen Spanne geschehen, aber auch durch andere Maßnahmen, welche die Absatzwege oder das Zustandekommen der Wiederverkaufspreise beeinflussen. Die Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen wird sich deshalb häufig mit dem Umfeld der absatzpolitischen Entscheidungen des Herstellers auseinandersetzen müssen, die die Preisempfehlung begleiten. Dabei darf die Überlegung nicht außer Acht gelassen werden, daß die redliche Absicht des Preisempfehlers bestanden haben mag, eine der Konzeption des Gesetzgebers entsprechende Handhabung zu gewährleisten, vor allem in dem Spannungsfeld zwischen Befolgung und Unterschreitung einen ausgewogenen Mittelwert zu erreichen.

Die Problematik solcher flankierender Maßnahmen liegt darin, daß eben sie in Verbindung mit der Preisempfehlung im Einzelfall zu nicht wettbewerbskonform erachteten Ergebnissen führen und dadurch einen Mißbrauch erst schaffen können. Diese Gefahr besteht, wenn erwarteten erheblichen Unterschreitungen mit Maßnahmen begegnet wird, die ihrerseits die Preisempfehlung nach den Beispielfällen Nr. 1 (Verteuerung) oder Nr. 4 (Belieferungsausschluß) zu einer mißbräuchlichen werden lassen können. Die Gefahr besteht umgekehrt, wenn zur Vermeidung einer bindingsähnlichen Überwiegenden Befolgung bei einem ausgesuchten Abnehmerkreis dessen Bereitschaft zu Unterschreitungen mit Mitteln gefördert wird, die zu einer in dem empfohlenen Preis enthaltenen unangemessen hohen Spanne führen, wie z. B. durch eine Verbindung mehrerer Rabattarten. Das Gesetz selbst führt (in den Nr. 1 und 4)

Mißbrauchsfälle an, die u. U. erst über den Einsatz anderer wettbewerblicher Mittel tatbestandlich werden. Solange das preisempfehlende Unternehmen in der Lage ist, auf derartige flankierende Maßnahmen zu verzichten, seine Markenware zu bestimmten Abgabepreisen an einen bestimmten Abnehmerkreis zu veräußern und eine ausgewogene Relation zwischen Befolgungen und Abweichungen zu erzielen, kann den genannten Schwierigkeiten aus dem Weg gegangen werden.

Nicht jedem Markenartikelhersteller bietet sich aber diese für Preisempfehlungen optimale Ausgangsposition. Ihre Voraussetzungen, eine weitgehend homogene Abnehmerschaft mit einheitlicher Kostenstruktur und der Bereitschaft zu Abweichungen, ein Markenartikel mit gewissen Ansprüchen an Nebenleistungen von seiten des Handels, keine zu starke Publikumsbekanntheit, sind zusammen nur in einer geringen Zahl von Fällen erfüllt. Überwiegend muß sich der Hersteller mit Sonderangeboten von Niedrigpreisgeschäften, mit dem Regalverkauf von dienstleistungsintensiven Artikeln durch Discounter und publikumswirksamen Preisvergleichen bei Brennpunktartikeln auseinandersetzen. Hier stellt sich für den Hersteller die Frage nach der Reichweite der Mißbrauchsbeständigkeit von flankierenden zusätzlichen Wettbewerbsmitteln teilweise als elementare Voraussetzung der Entscheidung überhaupt, Preisempfehlungen auszusprechen.

Auf der Suche nach einer Antwort auf diese Frage macht der Leser des seither zu dem Recht der Unverbindlichen Preisempfehlungen nach § 38 a vorgelegten Schrifttums eine erstaunliche Feststellung. Angesichts der zwischen einem Mißbrauch durch Unterschreitungen und einem solchen aufgrund bindungsähnlicher Sachverhalte mit Verteuerungswirkung bestehenden Gegensätzlichkeit werden die zur Verhinderung von Mißbräuchen erwogenen Hilfsmittel charakterisiert, sodann in Beziehung zu einem anderen Mißbrauchsaspekt gesetzt und in Würdigung dessen mehr oder minder pauschal als ungeeignet

verworfen. Das resignierende Resultat derartiger Überlegungen bringt Rauschenbach²⁸⁹⁾ prägnant auf einen kurzen Nenner, wenn er von einer "Schraube ohne Ende" spricht. Dabei sind Rauschenbach und ihm folgend Müller/Giessler²⁹⁰⁾ schon im Ausgangspunkt dem Irrtum erlegen, die im Bericht des Wirtschaftsausschusses²⁹¹⁾ enthaltene Aussage "Empfohlene Richtpreise sind praktisch Höchstpreise" auf Preisempfehlungen insgesamt, also auch auf Handelspreisempfehlungen zu beziehen, obwohl richtig erkannt wird, daß der Handel an einer Überschreitung des empfohlenen Preises nicht gehindert werden kann. Infolgedessen projizieren diese Verfasser den Umstand, daß der empfohlene Preis annähernd dem tatsächlichen Marktpreis entspricht, zu Unrecht nur auf Preisempfehlungen, die dem Publikum bekannt werden und deshalb Höchstpreiskarakter haben, und schließen aus den vermuteten fehlenden Unterschreitungen auf ein zumindest stillschweigendes wettbewerbsbeschränkendes Einvernehmen der Wiederverkäufer, das möglicherweise den Tatbestand des § 25 Abs. 1 erfülle. Es wird übersehen, daß auch Handelsempfehlungen von Wiederverkaufspreisen dem tatsächlichen Marktpreis nahekommen können, wenn sich Unter- und Überschreitungen ungefähr die Waage halten. Der Wechsel von einem dieser Empfehlungstypen auf den anderen kann schon ein erster Schritt des Herstellers sein, Preisempfehlungen aus der Mißbrauchszone herauszuführen.

Mit den für einen Markenartikelhersteller bestehenden Schwierigkeiten, in dem engen Spielraum zwischen den verschiedenen Mißbrauchssachverhalten eine beständige Preisempfehlung anzusetzen, hat sich auch Tessin²⁹²⁾ beschäftigt, wobei allerdings manche Akzente verschoben werden. Die Gefahr einer Kollision mit dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2

289) NJW 1973, 1862.

290) § 38 a Anm. 3.

291) Ausschlußbericht S. 11.

292) GRUR 1974, 683 ff. (684).

kann (neben marktbeherrschenden Unternehmen) nur solche Hersteller treffen, die Preisempfehlungen für Markenartikel aussprechen, von deren Bezug nichtbelieferte Abnehmer abhängig sind; daß anstelle einer Nichtbelieferung andere Formen der Diskriminierung (Rabatte oder sonstige Konditionen) eine solche Abhängigkeit zu schaffen vermögen, ist äußerst unwahrscheinlich. Die Zahl der preisempfehlenden Hersteller, die überhaupt dem Diskriminierungsverbot unterliegen, dürfte angesichts der Maßstäbe, welche die Rechtsprechung bei § 26 Abs. 2 Satz 2 anlegt, relativ gering bleiben. Auch die zweite von Tessin berufene Gefahr, nämlich die eines Mißbrauchs durch Verteuerung (Nr. 1) bei Befolgung durch den Nichtfachhandel, erscheint unrealistisch. Es ist gerade der Unterschied der Preisempfehlung gegenüber der Preisbindung, daß sie Unterschreitungen, anders als in dem zitierten "Zahncreme"-Fall²⁹³⁾, ermöglicht. Man wird sich kaum eine Branche vorstellen können, in der eine mit für den Fachhandel auskömmlichen Spannen kalkulierte Preisempfehlung vom Nichtfachhandel durchgehend befolgt wird. Denkbar erscheint dies vielleicht bei Handelspreisempfehlungen für kleinpreisige Markenartikel, in welchen Fällen indes eine Verteuerungseignung fraglich wird, weil auch der Nichtfachhandel ohne das Vorhandensein von Preisempfehlungen zu aufwendiger Kalkulation und Auszeichnung gezwungen wäre.

Die Kollisionsgefahr mit der Nr. 4 (Belieferungsausschluß) und dem Diskriminierungsverbot bei dem Versuch, erheblichen Unterschreitungen zu entgehen, veranlaßt auch Tetzner²⁹⁴⁾ zu seiner kritischen Beurteilung der Preisempfehlung. Es muß befremden, daß die vorgenannten Literaturmeinungen allein aus dem Mißbrauchsspektrum, wie es aus der Gesamtheit der vier Beispielfälle gebildet wird, die skeptische Würdigung herleiten, § 38 a gebe für einen praktikablen Einsatz

293) WuW/E BKartA 1121.

294) MDR 1975, 705 ff. (709).

von Preisempfehlungen nicht den ausreichenden Raum, ohne zuvor die Reichweite einer mißbrauchsfreien Handhabung klar abgegrenzt zu haben. In dieser negativen Bewertung müssen sich die zitierten Meinungen nun auch durch das Bundeskartellamt²⁹⁵⁾ bestärkt fühlen, wenn dieses feststellt, "daß es für einen alle Vertriebsformen des Einzelhandels beliefernden Hersteller heute kaum noch möglich ist, Preisempfehlungen auf Dauer mißbrauchsfrei zu praktizieren". Die Bundesregierung hat sich diese Auffassung kommentarlos zu eigen gemacht²⁹⁶⁾.

Diese Darstellungen sind weniger deswegen bedenklich, weil sie einer Durchdringung der Mißbrauchsmaterie bei Preisempfehlungen nicht eben förderlich sind; sie müssen in erster Linie Widerspruch herausfordern, da § 38 a in seiner Gesamtheit als ein Freistellungstatbestand vom Empfehlungsverbot jedem Markenartikelhersteller als einem potentiellen preisempfehlenden Unternehmen offen stehen will. Dieser Anspruch läßt sich nicht verwirklichen, wenn einigen Herstellern aufgrund ihrer konkreten, unabänderlichen Marktsituation (Eigenart des Markenartikels; Zusammensetzung der Absatzstufe; übliche Handelsspannen) von vorneherein die unausweichliche Mißbrauchlichkeit von Preisempfehlungen prophezeit wird. Wenn sich die Mittel und Wege zu einer mißbrauchsfreien Praktizierung von Preisempfehlungen nicht schon aus dem Gesetz ergeben, ist es Aufgabe der Wissenschaft (und der Rechtsprechung), dem Markenartikelhersteller diese Möglichkeiten aufzuzeigen.

Ein erster Fingerzeig in dieser Richtung findet sich bei Belke²⁹⁷⁾. Den Ausgangspunkt bildet die Erkenntnis, daß der Empfehlende ein einigermaßen homogenes Preisniveau nur durch zusätzliche flankierende Maßnahmen sicherstellen kann. Als solche führt Belke das Vorgehen im Wege einstweiliger Ver-

295) BKartA Tätigkeitsbericht 1976 S. 36.

296) Erfahrungsbericht S. 9.

297) ZHR Band 139 (1975) S. 150 ff.

Dieser wurde zunächst im Preisbindungsrecht entwickelt²⁹⁸⁾ und anschließend auf Vertriebsbindungen übertragen²⁹⁹⁾. Er hatte sich nicht unmittelbar aus dem Gesetztext ergeben, also aus den Freistellungsvoraussetzungen des § 16 oder des deskriptiven Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 3. Erst die Aufsichtspraxis nach § 17 und den lit. a bis c des § 18 Abs. 1 verschaffte dem Grundsatz der Lückenlosigkeit eine normative Wertigkeit, die ihn im Ergebnis auf die Stufe einer ungeschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzung erhob. Dieser Grundsatz beruht in seiner vertragsschuldrechtlichen Grundlage auf dem sich aus § 242 BGB ergebenden Gedanken des Einwands unzulässiger Rechtsausübung in den Fällen, in welchen eine Berufung auf die vertragliche Bindung im Widerspruch zum eigenen Verhalten oder zum geduldeten vertragserfülligen Verhalten Dritter steht³⁰⁰⁾. Hierzu gesellte sich bei Preisbindungen die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit einer Täuschung des Publikums, das mit Recht auf eine gleichförmige Befolgung gebundener Preise vertrauen durfte.

Die kartellrechtliche Aufsichtspraxis zu §§ 17 und 18 hat bei lückenhaften Vertragsbindungen dementsprechend den normzweckwidrigen Gebrauch eines Rechts mit bürgerlich-rechtlichen (im Falle des § 17 auch wettbewerbsrechtlichen) Inhalten ausgefüllt. Sie konnte aber, anders als die zivilprozessualer Disposition unterworfenen Rechtsbehelfe jener Rechtsmaterien, den Schutzbereich der Aufsichtsmaßnahme vom individuellen Vertragspartner auf den Wettbewerb selbst verlagern. Am Ende war damit bei lückenhaften Bindungen nicht ein einzelner Vertrag, sondern das Absatzinstrument insgesamt tangiert. Wenn aber ein einzelnes, die Aufsichtsmaßnahme auslösendes Abnehmerverhalten das ganze Absatzsystem

298) Reichsgericht RGZ 133, 336; Bundesgerichtshof WuW/E BGH 215 ("Waldbaur"); 1077 ("Schallplatten II"); Bundeskartellamt WuW/E BKartA 3 ("Alpenmilch"); 341 ("Pischke"); Schwartz im GemK § 16 Anm. 119 ff.

299) Reichsgericht RGZ 148, 364; Bundesgerichtshof GRUR 1966, 272 ("Trockenrasierer III"); Bundeskartellamt WuW/E BKartA 397; Bericht im GemK § 26 Abs. 2 Anm. 62; Tessin GRUR 1974, 683 (685); Schölicher GRUR 1976, 528 ff.

300) WuW/E BGH 624 ("Grauer Markt").

zu Fall bringen konnte, mußte es dem Hersteller gestattet sein, zur Abwehr dieser Gefahr bestimmte Schutzvorkehrungen zu treffen. Zur Gewährleistung der Lückenlosigkeit sollte der Hersteller befugt sein, diejenigen Abnehmer von der Belieferung auszuschließen, die eine vertragliche Bindung verletzten oder sie erst gar nicht einzugehen gedachten³⁰¹⁾. Der Hersteller durfte also zur Absicherung seines Absatzinstruments, zur Erhaltung eines in sich geschlossenen Systems, bestimmte Abnehmer diskriminierend behandeln; er war dazu auch dann verpflichtet, wenn er die Tatbestandsmerkmale des § 26 Abs. 2 erfüllte.

Die entsprechende Anwendung des Preisbindungsrechts auf Preisempfehlungen vor Inkrafttreten der 2. GWB-Novelle konnte auf diese Art eines Systemschutzes nicht zurückgreifen. Die Empfehlung stellt keinen Vertrag dar, dessen Bündelung mit gleichartigen Beziehungen zur Gesamtheit der Empfehlungsempfänger ein geschlossenes System bildet. Einer Übertragung des Lückenlosigkeitsprinzips stand naturgemäß die rechtliche Unverbindlichkeit der Preisempfehlung entgegen. Daraus folgt auch für die Rechtslage nach § 38 a, daß dieser Grundsatz als Rechtfertigung für Schutzmaßnahmen eines Preisempfehlers auszuschneiden hat. Die Entstehungsgeschichte des § 38 a in-
dessen führt zu einer ganz bestimmten Modellvorstellung der Unverbindlichen Preisempfehlung, die sich sowohl von den Freistellungsvoraussetzungen als auch von den beispielhaften Mißbrauchsfällen her präzisieren läßt. Dieses Modell setzt sich aus äußeren Ordnungselementen (Beispielfall Nr. 2 und das Erfordernis tatsächlicher Abweichungen) sowie verteu-
erungsbezogenen Bedingungen (Nr. 1, 3 und 4) zusammen. Es wird im folgenden dargelegt werden, daß flankierende Maß-
nahmen im weiteren Sinne für eine Mißbrauchsfreie Prakti-
zierung von Preisempfehlungen generell zulässig sind; daß sie aber nur bei jenen äußeren Ordnungsbedingungen und hier

301) WuW/E BGH 333 ("Kölnisch Wasser").

auch nur bei Verbraucherpreisempfehlungen für den Bestand des Empfehlungssystems überhaupt, vergleichbar der Lückenlosigkeit bei Preisbindungen, zur Grundvoraussetzung werden.

b) Nach der Wertung des Gesetzgebers wird die maximale Schwankungsbreite einer wettbewerbsgerechten Preisempfehlung auf der einen Seite von tatsächlich abweichenden Marktpreisen als Ausdruck der rechtlichen Unverbindlichkeit, auf der anderen Seite von der mehrheitlichen Befolgung als dem Ergebnis einer realistischen Prognose des Empfehlenden markiert. Der hierdurch beschriebene Spielraum als Ordnungsprinzip wird freilich bei Handelspreisempfehlungen, die dem Verbraucher nicht zur Kenntnis gelangen, relativiert. Ausdrücklich wird diese Folgerung vom Gesetz selbst im Mißbrauchsfall der Verbrauchertäuschung vorgeschrieben; danach soll eine mehrheitliche Abweichung bei dieser Art von Empfehlungen nicht nach Nr. 2 tatbestandlich sein. Setzen sich die Abweichungen aus Über- und Unterschreitungen zusammen und stimmt der empfohlene Preis weitgehend mit dem effektiven Marktpreis überein, können sie als überhaupt mißbrauchsfrei betrachtet werden. Auch im Falle der ausnahmslosen Befolgung muß der Ordnungsaspekt bei Handelspreisempfehlungen zurücktreten, solange z. B. bei Kleinpreisartikeln keine Verteuerungseignung eintritt. Bei Verbraucherpreisempfehlungen dagegen ist das Fehlen von Abweichungen systemwidrig, weil sich die propagierte Unverbindlichkeit nicht im Markt manifestiert, sich deshalb in den Augen des Publikums unter dem Mantel der Preisempfehlung tatsächlich eine Preisbindung verbirgt. Umgekehrt bewertet die Nr. 2 die Überwiegende Nichtbefolgung als systemfremd, weil die Orientierungsfunktion der Empfehlung für den Verbraucher verlorengegangen ist. Die Systematik des Preisempfehlungsrechts setzt hier einen Rahmen, außerhalb dessen die Empfehlung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines wettbewerbsbezogenen Unwerturteils zwangsläufig als mißbräuchlich angesehen wird. In dieser

2. The second part of the document focuses on the challenges faced by organizations in implementing effective internal controls. It identifies common weaknesses and provides practical advice on how to address them. This section also discusses the importance of regular audits and the role of management in ensuring compliance with relevant regulations.

die Erwartung mehrheitlicher Befolgung und im späteren Verlaufe der Empfehlungspraxis für die tatsächliche Überwiegende Befolgung als erforderlich erscheint. Geht der Hersteller darüberhinaus zu einer strengen Selektion über, um damit erheblichen Unterschreitungen vorzubeugen, bietet aber der problemlose Charakter des Artikels keinen sachlich gerechtfertigten Grund für eine solche Abnehmerauslese, kehrt sich die flankierende Schutzmaßnahme in einen Mißbrauchsgrund um.

Es gilt daher zunächst die Formen eines absolut zulässigen Systemschutzes bei Verbraucherpreisempfehlungen darzutun, um sodann die Mißbrauchsbeständigkeit der übrigen flankierenden Maßnahmen bei sämtlichen Preisempfehlungen zu erfassen.

3. Absoluter Systemschutz bei Verbraucherpreisempfehlungen

a) Abwehr von mehrheitlichen Abweichungen

Die Orientierungsfunktion, welche die Preisempfehlung haben soll³⁰²⁾, ist nach Ansicht des Gesetzgebers nicht erfüllt, wenn die Mehrheit der Wiederverkäufer vom empfohlenen Preis abweicht (Nr. 2). Auch wenn sich diese Abweichungen aus Über- und Unterschreitungen zusammensetzen, genügt der objektive Täuschungstatbestand dazu, einen Mißbrauch zu bejahen³⁰³⁾. Abwehrmaßnahmen gegen diesen Erfolg bleiben, mit Ausnahme der Druckausübung, der Wahl des Herstellers überlassen. Sie können, wie oben dargestellt, in einer Selektion bestehen oder in der Übernahme bestimmter Handelsleistungen, wobei diese Kosten, ohne daß ein Wettbewerbsnachteil in Kauf genommen werden muß, über einen höheren Abgabepreis kompensiert werden können und dadurch eine zu Unterschreitungen veranlassende Spanne gekürzt wird. Dagegen muß aus der Tatsache, daß Verbraucherpreisempfehlungen und Handelspreisempfehlungen unterschiedslos durch das Gesetz freigestellt wer-

302) Ausschlußbericht S. 11.

303) A. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 49.

den³⁰⁴⁾, geschlossen werden, daß ein Hersteller, welcher die Bekanntgabe an den Verbraucher beabsichtigt, angesichts der Gefahr von mehrheitlichen Abweichungen nicht einzig auf das Aussprechen von Handelspreisempfehlungen verwiesen werden darf. Dies leuchtet ein, weil auch in diesem Fall der Hersteller keine rechtliche Handhabe hat, seinen Abnehmern die Bekanntgabe des empfohlenen Preises an die Kundschaft zu untersagen und daher Mißbräuche nach Nr. 2 nicht auszuschließen sind.

b) Abwehr einer ausnahmslosen Befolgung

Eine der Veränderungen gegenüber der seitherigen Rechtslage besteht darin, daß das nur noch Preisempfehlungen umfassende Freistellungsprivileg die tatsächliche Abweichung vom empfohlenen Preis als der Verbrauchervorstellung zugrundeliegend postuliert. Der Hersteller, welcher eine Verbraucherpreisempfehlung ausspricht, muß sicherstellen, daß mindestens einer seiner Abnehmer vom empfohlenen Preis abweicht. Im Falle einer Unterschreitung muß die Differenz über den Betrag hinausgehen, der dem zulässigen Barzahlungsrabatt nach § 2 RabG entspricht. Es dürften höchst seltene Ausnahmesituationen sein, in denen sich ein Markenartikelhersteller vor diese Überlegung gestellt sieht; erfahrungsgemäß benutzt der Handel Verbraucherpreisempfehlungen zu Unterschreitungen, um seine "Leistungsfähigkeit" zu dokumentieren. Der Hersteller müßte versuchen, durch publikumswirksame Werbeanstrengungen eine entsprechende Bereitschaft des Handels zu forcieren; zu denken wäre ferner an die Schaffung neuer preisaktiver Absatzkanäle oder an Rabattsysteme, welche stark umsatzbezogen sind. Erzwingen lassen sich die Abweichungen nicht. Bleiben alle Bemühungen des Herstellers fruchtlos, wird er letztlich doch zum reinen Nettopreissystem übergehen müssen.

304) Ausschlußbericht S. 12.

4. Flankierende Maßnahmen gegen typische Mißbräuche

a) Abwehr Überwiegender Befolgung mit Verteuerungstendenz

Nur in Ausnahmefällen kann der Hersteller bei einer Bindungs-ähnlichen Befolgung seiner Preisempfehlung gelassen einer Mißbrauchsaufsicht entgegenblicken. So etwa, wenn ihre Wirkung als Kalkulationshilfe (wie bei den Massenartikeln Kfz-Ersatzteile³⁰⁵) oder als Hilfsmittel zur Preisauszeichnung (wie bei den Kleinpreisartikeln Eisenwaren³⁰⁶) der Annahme einer Verteuerungseignung entgegenstehen. Andere Fälle sind denkbar, in denen sich auch beim Wegfall der Preisempfehlung kein niedrigerer Marktpreis einpendeln würde, so bei dienstleistungsintensiven Markenartikeln wie z. B. der Depotkosmetik³⁰⁷). Die übrigen bindungsähnlichen Sachverhalte nähren dagegen den Verdacht mißbräuchlicher Verteuerung. Hier bieten sich dem Hersteller die gleichen Abwehrmittel an wie bei ausnahmslos befolgten Verbraucherpreisempfehlungen. Schon eine behutsame Öffnung der Absatzwege für eine neue Abnehmergruppe kann die notwendige Preisvielfalt gewährleisten, ohne daß sich der bisherige Abnehmerkreis zum Abbruch der Geschäftsbeziehung veranlaßt sehen muß. Auch eine Produktionserweiterung verbunden mit der Gewährung attraktiver Mengenrabatte kann den Warenumsatz ankurbeln und Unterschreitungen fördern. Alle diese Abwehrmaßnahmen sind weitgehend unproblematisch. Mißbrauchserheblichen Bedenken könnte allenfalls eine Rabattgestaltung begegnen, welche bestimmte kostenintensive Handelsfunktionen nicht leistungsgerecht würdigt und beispielsweise den umsatzschwachen Teil der Fachhändler unfreiwillig auf den Warenbezug verzichten läßt³⁰⁸). Die Gefahr besteht, wegen des Höchstpreischarakters, nur bei Verbraucherpreisempfehlungen.

305) BKarta Tätigkeitsbericht 1975 S. 55.

306) Belke ZHR Band 139 (1975) S. 151; Benisch GRUR 1975, 55.

307) Belke ZHR Band 139 (1975) S. 151 f.

308) Müller/Giessler § 38 a Anm. 3; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 38 a Anm. 101 dagegen sehen hier eine Gesetzeslücke.

b) Abwehr erheblicher Unterschreitungen

Bei einem heterogenen Absatzmarkt (Fachhandel und Warenhäuser in lebhafter Konkurrenz mit Filialunternehmen, Discountgeschäften, Versandhäusern u. a.) ist die Preisempfehlung vor allem in Form einer Verbraucherpreisempfehlung der Gefahr ausgesetzt, von einer marktstarken Abnehmergruppe erheblich unterschritten und dadurch mißbräuchlich nach Nr. 3 zu werden. Nur eine größere Abnehmergruppe ist in der Lage, in den dynamischen Marktmechanismus der Preisempfehlung störend einzugreifen. Den möglichen flankierenden Maßnahmen des Herstellers können deswegen nie individuelle Belange einzelner Wiederverkäufer, sondern stets nur Gruppeninteressen hinderlich sein. Es empfiehlt sich eine getrennte Betrachtung der Abwehrmittel gegen erhebliche Unterschreitungen, die sich in eine Einflußnahme auf die Abnehmerstruktur (1), Veränderungen auf der Angebotsseite (2) und in Konditionendifferenzierung (3) einteilen lassen.

(1) Einflußnahme auf die Abnehmerstruktur

Über die Formen eines selektierenden Vertriebs und den Ausschluß von der Belieferung durch Vertriebsbindungen und ähnliche Maßnahmen werden Gruppeninteressen auf der Handelsstufe am einschneidendsten tangiert. Die Lösung eines solchen Interessengegensatzes regelt das Gesetz selbst in der Nr. 4. Hier wird für das Preisempfehlungsrecht klargestellt, daß eine Einflußnahme auf die Abnehmerstruktur als solche noch keinen Mißbrauch herbeiführt, sondern erst über die gesetzlich mißbilligte funktionale Bestimmung, durch Abnehmerauslese einen homogenen und deshalb verteuernenden Marktpreis anzusteuern. Soweit das Gesetz also den Gesichtspunkt der Diskriminierung für sich unbeanstandet läßt, ist diese Wertung auch jedem anderen Mißbrauchsaspekt zugrunde zulegen. Dann muß allerdings umgekehrt gefolgert werden, daß die Anerkennung eines Schutzbedürfnisses im Rahmen des "sachlich gerechtfertigten Grundes" in der Nr. 4 sich auch auf solche Schutz-

maßnahmen erstrecken muß, die lediglich faktisch die Wirkung eines Belieferungsausschlusses bestimmter markterheblicher Abnehmerkreise in sich tragen (wie z. B. die Gewährung hoher Funktionsrabatte nur für entsprechende Leistungsträger bei einer im übrigen minimalen Spanne). Maßstab der Mißbrauchsaufsicht ist in diesen Fällen stets ein gruppenspezifischer Umstand; sind bestimmte Abnehmer aus unterschiedlichen Gründen vom Vertrieb ausgeschlossen, setzt ein Mißbrauch voraus, daß bei einer für die Marktverhältnisse erheblichen Gruppe von Abnehmern eine identische Motivation des Herstellers vorliegt und hieraus eine Verteuerung resultiert. Wenn etwa der Hersteller in einem Bundesland nur den Fachhandel unmittelbar beliefert und in den übrigen Bundesländern über den Großhandel vertreibt, der seinerseits sämtliche Einzelhandelsunternehmen bedient, der Versandhandel schließlich überhaupt von einer Belieferung ausgeschlossen ist, kann diese Differenzierung absatzpolitisch durchaus gerechtfertigt sein. Es ist dann nicht zu beanstanden, wenn der Hersteller das Fortbestehen dieser für den Empfehlungsausspruch maßgeblichen Ausgangssituation durch flankierende Maßnahmen wie eine dem Großhandel auferlegte Vertriebsbindung und Querlieferungsverbote absichert.

(2) Veränderungen auf der Angebotsseite

Erheblich unterschrittene empfohlene Preise beruhen häufig auf dem Angebotsdruck, den die Menge der vom Preisempfehler hergestellten Markenartikel auslöst. Auch geringfügige Produktionseinschränkungen führen aber nur dann nicht zu einer Gewinneinbuße, wenn die Gefahr eines Verlustes von Marktanteilen an Konkurrenten ausgeschlossen ist und der Umsatzrückgang, weil der Handel am kontinuierlichen Bezug interessiert bleibt, durch Streichung bestimmter Rabatte kompensiert werden kann. Diese Möglichkeit will der Markenartikelhersteller freilich nur selten und ganz zuletzt nutzen.

Zu einer Veränderung auf der Angebotsseite bietet sich die Übernahme einzelner Handelsfunktionen durch den Hersteller

an. Er entlastet damit den Teil des Handels, der diese Leistungen bisher erbrachte, von einem gewissen Kostenfaktor und kann diese Folge bei der Art der Rabattierung oder der Bemessung des Abgabepreises berücksichtigen. Zu denken ist hier an eine Hilfestellung bei der Regalpflege durch häufiges Auffüllen des vollständigen Sortiments, an eine Verringerung von Lagerhaltungskosten durch kürzeste Lieferzeiten, an die Durchführung von Verkaufsschulungen, werbliche Unterstützung bei der Schaufensterdekoration usw. Dieser Weg empfiehlt sich bei einer Neueinführung von Markenartikeln, weil hier der Handel einerseits zu besonderen Verkaufsanstrengungen veranlaßt werden soll, andererseits bei breiter Distribution erhebliche Unterschreitungen vermieden werden müssen, die durch einen Verzicht auf die Erbringung von Nebenleistungen ermöglicht werden. Kann die für sämtliche Abnehmer auskömmliche Spanne verhältnismäßig niedrig angesetzt werden, dürfte, auch bei einer größeren Zahl von Unterschreitungen, deren Grad jedenfalls nicht "erheblich" i. S. d. Beispielfalls Nr. 3 sein.

(3) Konditionendifferenzierung

Außerhalb des Preisempfehlungsrechts wurde bislang die Befugnis des Markenartikelherstellers nicht angezweifelt, durch die Art der Rabattierung und die übrigen den Abnehmern im Zusammenhang mit dem Bezug der Ware eingeräumten Konditionen Einfluß auf den Marktpreis zu nehmen. Einschränkungen unterlagen diese Gestaltungsmöglichkeiten nur unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2, der auf Preisempfehler nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar ist³⁰⁹⁾. Diese Freiheit ist für preisempfehlende Unternehmen durch § 38 a eingeschränkt worden. Die zur Verhinderung von verteuernenden Empfehlungen berufene Mißbrauchsaufsicht erfaßt schon über die Beispielfälle der Nr. 1 und, mit Einschränkungen, der Nr. 4 ohne weiteres derartige differenzierende Maßnahmen. Über den Maßstab der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse und erst recht über denjenigen des sachlich gerechtfertigten

309) So schon bisher Benisch im GemK § 26 Abs. 2 Anm. 15; Frankf. Komm. § 26 Tz. 56 m. w. N.

Grundes findet daher jedenfalls das aus § 26 Abs. 2 herausgelesene allgemeine Willkürverbot Eingang in das Preisempfehlungsrecht³¹⁰⁾. Der Hersteller ist in der Wahl und Ausgestaltung seiner Differenzierungskriterien zwar frei; deren konsequente Anwendung auf alle Abnehmer ist ihm alsdann geboten.

Weit im Vordergrund steht als flankierende Maßnahme des preisempfehlenden Markenartikelherstellers die Gewährung unterschiedlicher Rabatte an verschiedene Abnehmergruppen. Der Hersteller ist bestrebt, die höheren Kosten solcher Händler, welche bestimmte Nebenleistungen wie Verkaufsberatung, Kundendienst oder Ersatzteilhaltung erbringen, durch entsprechende leistungsbezogene Rabatte auszugleichen. Diese müssen, um vor einer Mißbrauchsaufsicht zu bestehen, zu den tatsächlich erbrachten Leistungen in einem angemessenen Verhältnis stehen³¹¹⁾. Bei problemlosen Artikeln wird eine Gewährung hoher Fachhandelsrabatte für preisempfohlene Ware in aller Regel den Verdacht einer Verteuerungseignung nähren. Diese Prüfung kann allerdings nur positiv bei vorhandenen Rabattdifferenzierungen vorgenommen werden; eine Preisempfehlung darf nicht unter dem Gesichtspunkt, ein Sinken der Preise zu verhindern, für mißbräuchlich erklärt werden, weil einerseits angemessen leistungsbezogene Fachhandelsrabatte gewährt werden, andererseits umsatzstarken Niedrigpreisgeschäften keine Mengenrabatte eingeräumt sind.

Problematisch wird ein Rabattsystem insgesamt, wenn sämtliche Abnehmer auf irgendeine Weise in den Genuß eines Rabatts auf den so bezeichneten Abgabepreis kommen. Hier besteht, ähnlich den sogenannten Bruttopreissystemen³¹²⁾, für die Wiederverkäufer der Anreiz, bei einem ihre Kostenspanne

310) ebenso Benisch im GemK § 38 a Anm. 41; BKartA Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 26.

311) A. M. Benisch im GemK § 38 a Anm. 61.

312) Zur Anwendbarkeit des Preisempfehlungsrechts auf sog. Bruttopreissysteme vgl. BKartA, Zur Verwendung von Verrechnungspreisen oder sonstwie bezeichneten Bruttopreisen, WRP 1975, 351 f.

ungefähr deckenden Rabatt nicht den empfohlenen, sondern den (niedrigeren) Herstellerabgabepreis zur Grundlage ihrer Kalkulation zu machen und diesen vom empfohlenen Preis abweichenden Verkaufspreis werbewirksam herauszustellen. Wenn in diesen Fällen nicht schon wegen fehlender Befolgungserwartung ordnungswidrige Preisempfehlungen vorliegen, verhilft das flankierende Rabattsystem jedenfalls zu einer Verteuerungseignung des höheren empfohlenen Preises.

(4) Würdigung dieser drei Arten von Abwehrmaßnahmen

Ein Interessenkonflikt zwischen den Belangen des preisempfehlenden Markenartikelherstellers und denjenigen seiner Abnehmer tritt in den Fällen eines Belieferungsausschlusses als der Hauptform der Beeinflussung der Abnehmerstruktur am schärfsten zutage. Die Aufnahme des vierten Beispielfalls, der im bisherigen Recht kein Vorbild hat, in die Aufzählung der speziellen Mißbrauchstatbestände läßt erkennen, daß der Gesetzgeber diesen Konflikt gesehen hat. Im Vergleich mit den sonstigen Maßnahmen einer Differenzierung zwischen einzelnen Abnehmern sind an die Zulässigkeit einer Nichtbelieferung die strengsten Voraussetzungen geknüpft; im Hinblick auf Schutzvorkehrungen des Preisempfehlens führt dieser Umstand zu einer Art dem § 38 a innewohnenden Gebot der geringsten Beeinträchtigung.

Es dürfte dem Hersteller auch schwerfallen, für den Übergang von einer branchenweiten Distribution zu Vertriebsbeschränkungen sachlich gerechtfertigte Gründe anzuführen. Er wird sich nämlich entgegenhalten lassen müssen, daß bisher etwa die Eigenart des Markenartikels offenbar keine selektiven Maßnahmen bedingt hatte. In diesen Fällen ist dem Hersteller zu raten, als Vorstufe für spätere Vertriebsbeschränkungen zunächst einmal ein auf die notwendigen Nebenleistungen bezogenes Rabattsystem aufzubauen, um dann nach dessen unbeanstandeter Praktizierung schrittweise solche Abnehmer von der Belieferung auszuschließen, die bloße Distributionsfunktionen wahrnehmen. Für neu einzuführende Artikel muß es

dagegen gestattet sein, die für das übrige Sortiment bestehenden Vertriebsbeschränkungen zu übernehmen, damit ein einheitliches absatzpolitisches Konzept des Herstellers gewahrt bleibt.

Am unbedenklichsten unter Mißbrauchsaspekten stellen sich die flankierenden Maßnahmen auf der Angebotsseite dar. Durch die Übernahme bestimmter Handelsfunktionen wird zugleich der Spielraum des Herstellers beschnitten, leistungsbezogene Rabatte zu gewähren. Dieses Verfahren erscheint nur in einer Minderzahl von Fällen praktikabel, so z. B. bei geringpreisigen Gebrauchsgütern, welche eine hohe Umschlaggeschwindigkeit aufweisen und keine besondere Verkaufsberatung verlangen. Bei dienstleistungsintensiveren Markenartikeln wird eine Reihe von Handelsfunktionen wie vor allem die Verkaufsberatung zwangsläufig beim Handel verbleiben müssen. Hier kann der Hersteller eine Verteilung von Leistungszuständigkeiten nur dann autonom vornehmen, wenn er selbst als Leitunternehmen in der Vertikalkette anzusehen ist. Deshalb versagt eine Angebotsänderung als Mittel der Mißbrauchsabwehr, wenn bestimmte Handelsunternehmen oder eine Vereinigung von solchen als Marktführer die Angebotsseite bestimmen³¹³⁾.

Eine Konditionendifferenzierung vermeidet die Kostenbelastungen, die für den Hersteller aus der Übernahme von Handelsleistungen resultieren. In ihren graduellen Abstufungen kennt sie nicht die strenge Alternative wie bei der Entscheidung über Belieferung oder Nichtbelieferung von Abnehmern. Auch in zeitlicher Hinsicht, bei der Abwehr von Mißbräuchen aufgrund stark schwankender Marktpreise, bildet die Konditionendifferenzierung ein flexibles Instrument. Denn der Markenartikelhersteller muß sich vergegenwärtigen, daß er, schon um die notwendige Erwartung mehrheitlich befolgter empfohlener Preise zu gewährleisten und damit überhaupt die Freistellungsvoraussetzungen in Anspruch nehmen zu können,

313) Gleicher Ansicht Sölter WRP 1973, 365; a. M. Belke ZHR Band 138 (1974) S. 435.

laufend die auf der Wiederverkäuferstufe verlangten Preise beobachten und auswerten muß³¹⁴⁾. Ist der Hersteller, schon um die Freistellungsvoraussetzungen zu erfüllen, zu einer marktforschungsähnlichen Informationsbeschaffung verpflichtet, liegt es nahe, die hierbei gewonnenen Erkenntnisse in Rabattstaffeln oder ähnlich differenzierte Konditionen umzusetzen. Dieses Verfahren hat den weiteren Vorteil, in seiner Orientierung nach den jeweils erbrachten Handelsleistungen keine kartellrechtlich schützenswerten Gruppeninteressen zu beeinträchtigen. Nach alledem ist die Konditionendifferenzierung als die geeignetste flankierende Maßnahme des Herstellers zur Abwehr von Mißbräuchen anzusehen.

5. Abschnitt Schlußbetrachtungen

I. Zusammenfassende Würdigung

Die Unverbindliche Preisempfehlung erhielt bei dem zeitlich mit dem Preisbindungsverbot zusammentreffenden Inkrafttreten des § 38 a die Aufgabe zugesprochen, einerseits als ein Ersatz des verbotenen Wettbewerbsinstruments zu fungieren, andererseits dessen als wettbewerbsschädlich beurteilte Wirkungen zu vermeiden. Die Belastung, die damit dem preisempfehlenden Unternehmen auferlegt wird, äußert sich weniger in den für die Freistellung der Preisempfehlung aufgestellten Voraussetzungen (die sich, soweit sie nicht schon ohne weiteres dem Gesetzestext entnommen werden können, mittlerweile durch die einschlägige Rechtsprechung³¹⁵⁾ und die

314) Gleiss/Bechtold BB 1973, 1143.

315) KG WuW/E OLG 1663 ("Roxo International"); ferner Urteil vom 17. Dezember 1976 - Kart. 10/76 -.

Kartellamtspraxis³¹⁶⁾ Bekanntheit verschafft haben), als vielmehr in der Pflicht zur ständigen Marktbeobachtung, um dadurch einen Mißbrauch wegen nicht rechtzeitiger Anpassung des empfohlenen Preises an die veränderten Marktgegebenheiten zu verhindern. Dem preisempfehlenden Unternehmen eine solche Verpflichtung aufzuerlegen erscheint indes konsequent, wenn die finanzielle und personelle Anforderungen stellende Marktinformation ohnedies unerlässlich ist, um die Freistellungsvoraussetzungen der Erwartung einer mehrheitlichen Befolgung zu erfüllen.

Mit den vier Mißbrauchsfällen des Abs. 3 Satz 2 hat der Gesetzgeber beispielhaft, aber zugleich schwerpunktmäßig vorgezeichnet, wann das preisempfehlende Unternehmen auf irgendeine Weise auf eine veränderte Marktsituation reagieren muß. In zwei Gruppen lassen sich diese Fälle einteilen, nämlich in Verletzungen einer das Preisempfehlungsrecht beherrschenden Ordnungsstruktur und in Verteuerungsfälle. In dieses Schema lassen sich auch die unmittelbar von der Generalklausel des Abs. 3 Satz 1 erfaßten Mißbräuche einordnen. Gemeinsames Merkmal beider Gruppen ist, daß das Unwerturteil mißbräuchlichen Verhaltens an eine bestimmte Befolgungsinintensität anknüpft, die die tatsächlichen Wiederverkaufspreise im Verhältnis zum empfohlenen Preis aufweisen.

Bei den Mißbrauchsfällen, welche auf die Erhaltung bestimmter vorgegebener Ordnungswerte abzielen, ist dies auf der einen Seite der Täuschungsfall der Nr. 2. Hier wird die Schwankungsbreite für Abweichungen vom empfohlenen Preis als systemgerechter Nichtbefolgung durch die Mehrheit der Empfehlungsempfänger markiert, eine notwendige Reaktion zur Abwehr eines Mißbrauchs allerdings nur dann vorgeschrieben, wenn die Empfehlungen dem Verbraucher bekannt werden. Diese Bewertung hat umgekehrt zu dem Ergebnis geführt, die ausschließlich befolgte, dem Verbraucher bekannte Preisempfehlung unter Ordnungsgesichtspunkten als mißbräuchlich anzusehen.

316) BKartA Tätigkeitsbericht 1974 S. 20; 1975 S. 23; 1976 S. 36.

Der hierdurch beschriebene Spielraum wird unter dem Verteuerungsaspekt weiter eingeschränkt. Dabei ist bemerkenswert, daß das Gesetz eine Eignung zur Verteuerung sowohl bei weitgehend befolgten als auch bei zahlenmäßig beträchtlich unterschrittenen Preisempfehlungen annimmt, bei einer dazwischen liegenden Befoligungsquote dagegen nicht; es ist daraus der Schluß abzuleiten, daß die Methode, die Verteuerung zu messen, in diesen Fällen (Nr. 1 und 4 einerseits, Nr. 3 andererseits) verschieden sein muß. Bei dem Mißbrauchsfall der Unterschreitungen ist Vergleichsbasis der tatsächliche Marktpreis, der den empfohlenen Preis als ein realistisches Orientierungsdatum widerlegt. Bei den beiden anderen Mißbrauchstatbeständen führt der Bindungseffekt, soweit er mögliche Unterschreitungen verhindert, zur Bewertung als Mißbrauch. Zu der Aufgabe des Empfehlenden, den Marktpreis annähernd zu treffen, tritt so eine weitere Verpflichtung dergestalt, daß Vorkehrungen gegen einen Einfluß ausschließlich des empfohlenen Preises auf den tatsächlichen Marktpreis getroffen werden. Die Eignung dieses Absatzinstruments zur Preisbeeinflussung auf den nachgelagerten Vertriebsstufen darf also, im Gegensatz zur seitherigen Rechtslage, nicht allein an der Befolgungsbereitschaft dieser Absatzstufen gemessen werden.

Es ist deutlich geworden, daß die Mißbräuchlichkeit einer Preisempfehlung mit Inkrafttreten des § 38 a in verstärktem Maße auf Beeinträchtigungen beruht, die ein bestimmtes Verhalten des Handels auslöst. Mit der generellen Zurechnung eines solchen Mißbrauchs zum Verantwortungsbereich des Empfehlenden hat der Gesetzgeber die zuvor schon einhellig anerkannte Objektivität des Mißbrauchsbegriffs im GWB erneut dokumentiert. In Anbetracht dessen erscheint es nur konsequent und sachgerecht, dem Preisempfehler flankierende Maßnahmen zum Schutze einer mißbrauchsbeständigen Empfehlung im Grundsatz zuzubilligen. Ihre Schranken müssen solche Vorkehrungen in den verschiedenen vom Gesetz selbst vorge-

zeichneten Mißbrauchsaspekten finden; eine Gesamtschau der Wertungen, wie sie in § 38 a ihren Niederschlag gefunden haben, muß aber zu dem Ergebnis führen, daß zusammen mit dem Einsatz passender flankierender Maßnahmen jedem Markenartikelhersteller die Möglichkeit eröffnet wird, die von ihm in Verkehr gebrachte Ware bei einem Vertrieb über die für diese Ware zur Verfügung stehenden Absatzkanäle mißbrauchsfrei mit empfohlenen Preisen versehen abzusetzen.

II. Thesen für ein künftiges Preisempfehlungsrecht

1. Zusätzliche Freistellungsvoraussetzungen bei Verbraucherpreisempfehlungen

Die Erwartung mehrheitlicher Befolgung (Abs. 1 Nr. 2) als ein subjektives Tatbestandsmerkmal erweist sich aus beweisrechtlichen Gründen als kaum geeignet, die freigestellten von den ordnungswidrigen Empfehlungen zu scheiden. Der Zweck einer Präventivkontrolle wird daher so gut wie nie erreicht. An einen tatsächlichen Markterfolg wird erst - wie in den übrigen Fällen - im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht (Abs. 3 Satz 2 Nr. 2) angeknüpft. Es wäre danach zu überlegen, ob nicht das vom Gesetzgeber hier für Verbraucherpreisempfehlungen vorgezeichnete Modellbild schon als objektive Freistellungsvoraussetzung aufgenommen werden sollte. Denn bei der mehrheitlichen Befolgung einerseits und den tatsächlichen Abweichungen andererseits handelt es sich um einen für § 38 a systematisch vorgegebenen Spielraum, damit um elementare Erfordernisse vergleichbar der Markenartikeleigenschaft oder dem bestehenden Preiswettbewerb. Als nicht an eine tatsächliche Verteuerung geknüpfte Ordnungswerte besitzen eine überwiegende Befolgung und das Vorhandensein von Abweichungen auch nur bei Verbraucherpreisempfehlungen ein eigenständiges Gewicht; dem Verbraucher gegenüber steht ja nicht die Empfehlungsfunktion, sondern der Informationszweck im Vordergrund. Von daher ist es gerechtfertigt, beide Empfehlungs-

typen schon auf der Freistellungsstufe unterschiedlich zu behandeln. Daß es der Hersteller nicht selbst in der Hand habe, eine Qualifizierung als Verbraucherpreisempfehlung zu verhindern, kann dem nicht entgegengehalten werden; das Bestehen von Preiswettbewerb etwa liegt ebenso außerhalb der Einflußsphäre des Preisempfehlers.

Die vorgeschlagene Änderung könnte dadurch bewerkstelligt werden, daß Abs. 1 Nr. 2 den folgenden Wortlaut erhält:

"der dem Verbraucher bekannte empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger, nicht aber von sämtlichen Empfehlungsempfängern geforderten Preis entspricht."

Der dadurch überflüssig werdende Mißbrauchsfall der Verbrauchertäuschung könnte dann als ein allgemeiner Täuschungsmißbrauch formuliert werden.

2. Anmeldepflicht anstatt des Auskunftsanspruchs (Abs. 4)

Die Einführung des besonderen Auskunftsanspruchs in Abs. 4 war damit begründet worden, daß nach den mit dem Preisbindungsrecht gemachten Erfahrungen der für Anmeldungsbearbeitung und Registerführung notwendige Personalaufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zu der Bedeutung systematischer Untersuchungen gestanden habe; die überwiegende Zahl von Mißbrauchsverfahren sei aufgrund eigener Marktbeobachtungen der Kartellbehörde oder Hinweisen von dritter Seite eingeleitet worden³¹⁷⁾. Im Schrifttum ist diese Entscheidung des Gesetzgebers zum Teil ausgesprochen begrüßt worden³¹⁸⁾, von anderer Seite ist der Wegfall der Anmeldepflicht bedauert worden³¹⁹⁾. Die ersten praktischen Erfahrungen mit § 38 a lassen Zweifel daran aufkommen, ob mit der Neuregelung einer effizienteren Mißbrauchsaufsicht gedient worden ist³²⁰⁾.

317) Ausschlußbericht S. 11.

318) Völp WRP 1973, 565; Belke ZHR Band 138 (1974) S. 422.

319) Martino MA 1973, 389; Kazmeyer Referat 1973, 113.

320) BKartA Tätigkeitsbericht 1974 S. 19 ff.; 1975 S. 24, 68; Anlage 1 zum Erfahrungsbericht S. 27.

In der Tat sprechen gewichtige Gründe für eine Anmeldepflicht von Preisempfehlungen. Im Vordergrund steht das schon im Preisbindungsrecht hervorgehobene psychologische Moment, die "Siebwirkung"³²¹⁾ für Preisempfehlungen mit erhöhter Mißbrauchstendenz. Diese Wirkung besitzt ein Auskunftsanspruch wie in Abs. 4 nicht. Für eine Anmeldepflicht bei Preisempfehlungen spricht ferner die bei einigen Branchen und Unternehmen beobachtete Gewohnheit, in kürzeren zeitlichen Abständen den empfohlenen Preis zu verändern und dadurch einem zu spät eingeleiteten Mißbrauchsverfahren den Boden zu entziehen³²²⁾. Die von der Bundesregierung vorgeschlagene³²³⁾ vereinfachte Anzeigepflicht verdient daher Zustimmung.

3. Absolutes Empfehlungsverbot im Untersagungsverfahren (§ 37 a)

Der bei wiederholten Beanstandungen von ordnungswidrigen Preisempfehlungen einerseits und mißbräuchlichen andererseits bestehende Wertungswiderspruch infolge der Anwendbarkeit des Abs. 6 ausschließlich auf Mißbrauchssachverhalte ist auch von der Bundesregierung³²⁴⁾ gesehen worden. Die vorgeschlagene Lösung, den Abs. 6 entsprechend zu erweitern, kann freilich systematisch nicht überzeugen. In den Abs. 3 - 6 des § 38 a ist die Mißbrauchsaufsicht über freigestellte Preisempfehlungen geregelt; Rechtsfolgeanordnungen für ordnungswidrige Empfehlungen finden sich ausschließlich in § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 in Verbindung mit dem OWiG und in § 37 a Abs. 2. Der richtige Ort einer endgültigen Untersagung von wiederholt ordnungswidrig praktizierten Preisempfehlungen ist demzufolge die Vorschrift des § 37 a.

321) Schwartz im GemK § 16 Anm. 82.

322) vgl. BKartA Tätigkeitsbericht 1975 S. 24; Schultes Ernährungswirtschaft 1976 A 34. Erinnert sei hier nur an die - inzwischen aufgegebenen (Presseinformation Nr. 16/76 des BKartA, WRP 1976, 153) - Preisempfehlungen für Röstkaffee.

323) Erfahrungsbericht S. 18 f.; BR-Drucks. 231/78 S. 7 f.

324) Erfahrungsbericht S. 19; BR-Drucks. 231/78 S. 28.

Bedeutung gewinnen würde eine Neufassung des Untersagungsverfahrens vor allem im Hinblick auf die hier vorgeschlagene Aufnahme des Befolungsrahmens bei Verbraucherpreisempfehlungen in die Freistellungsvoraussetzungen. Da die Verschuldensfrage nicht beantwortet werden muß, könnte sich dadurch dieser Verfahrenstyp auch bei unzureichendem Unverbindlichkeitsvermerk, fehlendem Preiswettbewerb und bei mangelnder Markenartikeleigenschaft zu einer schlagkräftigeren Waffe der Kartellbehörde als das Bußgeldverfahren entwickeln.

Lebenslauf

Ich wurde 1948 in Stuttgart geboren und legte dort 1967 die Reifeprüfung ab. Nach einjährigem Besuch des Leibniz-Kollegs in Tübingen studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und Freiburg i. Br.; je ein Auslandssemester verbrachte ich in Perugia (Italien) und in Lausanne (Schweiz). Die Erste Juristische Staatsprüfung wurde 1973 in Freiburg i. Br., die Zweite Juristische Staatsprüfung 1976 in Stuttgart abgelegt. Seit 1976 bin ich als Rechtsanwalt in Frankfurt am Main tätig.

